Die Erfüllungsverweigerung des Schuldners vor der Fälligkeit.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung des juristischen Doktorgrades

an der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Friedrich-Wilhelms-Universität zu Berlin.

Von

Heinrich Böß

aus Bernried, Oberbayern.

Tag der mündlichen Prüfung: 21. Juni 1939

Tag der Promotion: 14. Dezember 1939

1939

Schön-Druck, München 5, Holzstraße 7

Dekan: Prof. Dr. H. Weigmann.

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Heinrich Titze.

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Ernst Heymann.

Inhaltsübersicht.

Seite

I. Einführung 5

II. Die Entwicklung der Rechtsprechung und Wissenschaft seit dem Inkrafttreten des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches 5

III. Die Erfüllungsverweigerung als positive Vertragsverletzung 12

A. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts 12

B. Die Geschäftsbedingungen der Wirtschaft 18

IV. Der Begriff und die Voraussetzungen der Erfüllungsverweigerung in der Rechtsprechung 19

V. Die Stellungnahme der Wissenschaft 24

VI. Die Rechtsprechung und das Schrifttum im österreichischen und im ausländischen Recht 27

VII. Die Erfüllungsverweigerung als Vertragsantrag und Pflichtverletzung . 34

Das Verzeichnis des Schrifttums, der Zeitschriften und Entscheidungssammlungen befindet sich am Schluß der Arbeit.

I.

Einführung.

Die Rechtsfragen, die mit der Erfüllungsverweigerung des Schuldners im Zusammenhang stehen, sind bereits unter der Herrschaft des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches (ADHGB) von 1861 in den Entscheidungen der obersten Gerichte behandelt worden. Die Erörterungen beschränkten sich jedoch naturgemäß auf das Recht des Kaufvertrages. Die Rechtsprechung war insbesondere im Anfang wenig einheitlich. Die Wissenschaft nahm im allgemeinen zu den Fragen noch nicht selbst Stellung, sondern gab nur die in der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze wieder. Nach der Einführung des Bürgerlichen Gesetzbuches kam es zu einer erneuten Erörterung, deren Bedeutung sich nunmehr auf das gesamte Schuldrecht erstreckte. Noch vor der Veröffentlichung von Entscheidungen vertraten einzelne Schriftsteller sehr verschiedene Auffassungen. Wenn auch das Reichsgericht auf der Grundlage der positiven Vertragsverletzungen bald einer im großen und ganzen einheitlichen Linie folgte, so sind doch in Aufsätzen, in Lehr- und Erläuterungsbüchern bis in die letzte Zeit hinein abweichende Meinungen vertreten worden. Die Mehrzahl der Wissenschaftler kommt wohl in der Hauptfrage zu demselben Ergebnis wie das Reichsgericht: Der Gläubiger hat bei einem gegenseitigen Vertrage das Recht, vom Vertrage zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Die verschiedenen Begründungen ergeben aber in den Nebenfragen nicht unerhebliche Unsicherheiten und praktische Unterschiede. Der Streit um die zutreffende Begründung ist also nicht nur von theoretischer Bedeutung.

Die vorliegende Arbeit beschränkt sich auf die Erörterung des Falles, in dem die Erfüllungsverweigerung bereits vor dem Eintritt der Fälligkeit der Leistung erklärt wird. Dabei scheiden aus der Betrachtung diejenigen Fälle aus, in denen der Schuldner zu der Verweigerung der Erfüllung berechtigt ist, z. B. auf Grund eines Zurückbehaltungsrechtes oder weil er den Vertrag mit Recht angefochten oder gekündigt hat. Denn der Gläubiger kann besondere Rechte selbstverständlich nur aus einer unberechtigten Erfüllungsverweigerung herleiten.

II.

Die Entwicklung der Rechtsprechung und Wissenschaft seit dem Inkrafttreten des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs.

Das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch hatte in den Artt. 354 bis 356 die Rechtsfolgen des Schuldnerverzuges beim Kaufvertrag festgelegt. Doch war das Anwendungsgebiet dieser Vorschriften beschränkt. Vor allem waren sie nur bei einem Handelskauf heranzuziehen. Beim Schuldnerverzug des Käufers konnten sie darüber hinaus nur Anwendung finden, wenn die Ware noch nicht übergeben war. Trotz dieser Beschränkungen haben aber die Bestimmungen in der Rechtsprechung eine erhebliche Rolle gespielt und vor allem der Lehre von der Erfüllungsverweigerung eine wertvolle Grundlage für ihre weitere Entwicklung gegeben.

Wegen der Verschiedenheiten in dem bürgerlichen Recht der einzelnen Länder hatte das alte Handelsgesetzbuch nur die Folgen des Schuldnerverzuges beim Kaufvertrag festgelegt, ohne etwas über die Voraussetzungen des Verzuges zu sagen. Diese Frage mußte nach dem jeweils zur Anwendung kommenden Landesrecht entschieden werden.

Wenn die Voraussetzungen des Schuldnerverzuges gegeben waren, konnte nach den Artt. 354 bis 356 des ADHGB der vertragstreue Teil zunächst sein Recht auf Vertragserfüllung und auf Schadensersatz wegen der Verzögerung geltend machen. Darüber hinaus konnte er aber auch vom Vertrage zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Wenn der vertragstreue Teil eines der beiden letzten Rechte ausüben wollte, mußte er dies dem Schuldner anzeigen und ihm eine angemessene Frist zur Nachholung des Versäumten gewähren. Bei Fixgeschäften bedurfte es nach Art. 357 keiner derartigen Fristgewährung. — Auf der Grundlage dieser Bestimmungen des ADHGB hat das Reichsoberhandelsgericht in zahlreichen Fällen entschieden, daß es einer Fristgewährung nicht mehr bedarf, wenn der Schuldner die Erfüllung verweigert.

In den ersten veröffentlichten Entscheidungen über diese Frage geht das Reichsoberhandelsgericht nicht darauf ein, ob die Weigerung vor oder nach der Fälligkeit erklärt worden ist. Aus den verschiedenen Tatbeständen ergibt sich jedoch, daß die Weigerung teils vor, teils nach der Fälligkeit erfolgte[1]). Nach der Auffassung des Reichsoberhandelsgerichts ist also eine vor oder nach der Fälligkeit erklärte Erfüllungsverweigerung gleich zu behandeln. Die Weigerung vermag auf den Eintritt des Verzuges keinen Einfluß auszuüben. Das bedeutet, daß der Gläubiger die Fälligkeit abwarten und ordnungsgemäß Verzug herbeiführen muß, wenn er vom Vertrage zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen will. Nur eine Nachfrist braucht er dem Schuldner nicht mehr zu gewähren. In seiner Entscheidung im 3. Bande, Seite 319[2]) der amtlichen Sammlung gibt das Reichsoberhandelsgericht für seine Auffassung die folgende Begründung: Durch die Weigerung habe der Schuldner deutlich zu erkennen gegeben, daß er weder eine Fristsetzung begehre, noch von einer gewährten Frist Gebrauch machen werde. Die Fristgewährung sei, wie auch der Gang der Beratungen zum ADHGB ergebe, lediglich eine gesetzliche Milderung der strengen Folgen, welche das ADHGB abweichend von dem vorher in dem größten Teile Deutschlands geltenden Recht an den Schuldnerverzug geknüpft habe. Bei einer Weigerung sei die Fristgewährung selbstverständlich untunlich und völlig überflüssig, weil nicht allein die rechtzeitige Erfüllung unterlassen, sondern die Erfüllung überhaupt nach dem erklärten Willen des Schuldners ausgeschlossen sei. In zwei weiteren Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts[3]) wird ausdrücklich gesagt, daß eine vor der Fälligkeit erklärte Weigerung keinen Verzug herbeiführe und die Mahnung nicht überflüssig mache. Eine Folge dieser Auffassung war, daß der Schuldner seine Weigerung, wenn auch nur bis zum Eintritt des Verzuges, widerrufen konnte[4]).

Eine Aenderung dieser Rechtsprechung brachte eine Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts aus dem Jahre 1875[5]). Der Gläubiger soll das ihm in Art. 356 ADHGB gegebene Recht, entweder zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, auch schon vor der Fälligkeit der verweigerten Leistung ausüben dürfen. Zur Begründung wird nur darauf hingewiesen, daß die Erfüllung überhaupt nicht mehr erwartet werden könne, nachdem der Schuldner sie verweigert habe. Die Entscheidung bezeichnet die Weigerung als „Akt der Nichterfüllung". Allerdings gibt das Reichsoberhandelsgericht dem Schuldner noch das Recht, seine Weigerung zu widerrufen. Auf die Frage, ob der Widerruf auch nach der Ausübung der Rechte aus Art. 356

---

[1]) Vgl. RGZ 3/210, 3/319, 5/103, 6/326, 7/377.
[2]) Aus dem Jahre 1871.
[3]) ROHG Bd. 9, S. 314 und Bd. 16, S. 202.
[4]) ROHG Bd. 16, S. 202.
[5]) ROHG Bd. 17, S. 224.

möglich sei, wird nicht eingegangen. — Auch das Oberlandesgericht Braunschweig behandelt in einer Entscheidung aus dem Jahre 1881 [6]) nicht die Frage der Widerruflichkeit der Weigerung. Es führt nur aus, daß die Weigerung im Hinblick auf das Wahlrecht in den Artt. 355, 356 ADHGB genau so wie der Verzug wirke. Der Gläubiger könne deshalb bei einer ernstlichen Erfüllungsverweigerung — zu welcher Zeit sie auch erfolge — sein Wahlrecht sofort ausüben.

Das inzwischen begründete Reichsgericht vertritt im Jahre 1881 [7]) eine Auffassung, die vom Standpunkt der Praxis und der weiteren Entwicklung aus gesehen einen gewissen Rückschritt gegenüber jener Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts bedeutet, die die Rechte aus Art. 356 ADHGB auch schon vor der Fälligkeit einräumt. Zwar gibt das Reichsgericht dem Gläubiger die Befugnis, dem Schuldner schon vor der Fälligkeit einen Deckungskauf anzudrohen und ihn auch vorzunehmen. Das Reichsgericht erklärt auch die Gewährung einer Nachfrist für völlig zwecklos. Dem Schuldner wird aber das Recht zugestanden, den Schadensersatzanspruch des Gläubigers durch Realerfüllung bis zur Fälligkeit abzuwenden. Das heißt also, daß der Gläubiger die Rechte aus Art. 356 praktisch erst nach Eintritt der Fälligkeit ausüben kann. Denn der Deckungskauf geht im Falle einer nachträglichen Erfüllung auf seine Gefahr. In einer weiteren Entscheidung aus jener Zeit [8]) führt das Reichsgericht aus, daß die Fristsetzung in das Gesetz nur zugunsten des Schuldners aufgenommen sei, um ihm eine nachträgliche Erfüllung zu ermöglichen. Dieser Grund falle fort, wenn die Erfüllung unmöglich geworden sei oder eine Verweigerung der Erfüllung vorliege. Ein Anlaß zur Gewährung der Nachfrist sei dann nicht mehr vorhanden. Eine dennoch gewährte Nachfrist habe keine rechtliche Bedeutung. Dem Gläubiger stehe nicht einmal das Recht zu, die gewährte Nachfrist bei Berechnung des Schadensersatzes zum Nachteil des Schuldners geltend zu machen. Hierauf fährt das Reichsgericht fort: Es sei verfehlt, wenn geltend gemacht werde, der Schuldner könne gesetzlich nicht befugt sein, den Zeitpunkt seines Verzuges durch eine solche Erfüllungsverweigerung einseitig zu seinem Vorteile zu bestimmen. — Nach der damaligen Auffassung des erkennenden II. Senats wird also durch eine Weigerung Verzug begründet. Diese Entscheidung bedeutet eine wichtige Aenderung gegenüber der Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts im 16. Bande, in der der Weigerung ein Einfluß auf den Zeitpunkt des Verzuges n i c h t eingeräumt ist. Jene Auffassung des Reichsgerichts wird in einer Entscheidung im 7. Bande, Seite 44 [9]) bestätigt. Das Reichsgericht weist hier darauf hin, daß nach der im kaufmännischen Verkehr herrschenden Auffassung einer vorherigen Weigerung die Bedeutung beigelegt werde, daß sie die Inverzugsetzung überflüssig mache. Der Weigernde unterwerfe sich unter Verzicht auf jede weitere Mahnung den gesetzlichen Folgen, welche eintreten, wenn er zur Erfüllung verpflichtet sein sollte. Der Schuldner setze den Gläubiger durch seine Weigerung in die Lage, gegebenenfalls sofort für Deckung zu sorgen. Es könne nicht in der Willkür des Verkäufers liegen, durch ein Abgehen von seiner Weigerung dem Käufer Schaden zuzufügen.

Bei dieser Rechtsprechung ist das Reichsgericht zunächst geblieben [10]). Die Wissenschaft ist ihr im allgemeinen gefolgt, ohne selbständig Stellung zu nehmen [11]). In der Abhandlung über den Verzug beim Kauf weist L a m p r e c h t [12]) zunächst darauf hin, daß bei einer im voraus erklärten Erfüllungsverweigerung des Schuldners eine Mahnung überflüssig erscheine. Dagegen will Lamprecht [13]) den Gläubiger nur dann von der Fristgewährung des Art. 356 befreien, wenn feststehe, daß die Erfüllung vom Schuldner wirklich nicht geleistet werde. Denn

---

6) Zeitschrift für Rechtspflege in Braunschweig Bd. 33, S. 156.
7) RGZ 4/69, III. Senat.
8) RGZ 5/104.
9) Ausführlicher abgedruckt bei Puchelt, Zeitschrift für französisches Zivilrecht, Bd. 14, S. 27.
10) Vgl. auch die bestätigende Entscheidung des Reichsgerichts in JW 1901, S. 308.
11) Vgl. Puchelt Art. 356 Anm. 6b bis e, Hahn, Art. 356 § 17, Willenbücher Art. 355 Anm. I,1 u. Art. 356 Anm. 3 d.
12) S. 17.
13) S. 107.

Lamprecht sieht die Fristgewährung nicht als eine besondere Vergünstigung für den Säumigen an. Die Fristgewährung habe vielmehr nur die negative Bedeutung, zu verhindern, daß mit der Ablehnung der Erfüllung Mißbrauch getrieben werde. Dafür, daß dem Berechtigten die nachträgliche Erfüllung nicht aufgedrungen werden könne, wenn sie seinem Interesse widerspreche, sei durch den Vorbehalt in Art. 356 ADHGB gesorgt. Das Erfordernis, daß die Nichtleistung feststehe, gelte um so mehr bei einer Weigerung vor der Fälligkeit, denn in diesem Falle sei es um so eher möglich, daß später noch geleistet werde. — Also auch Lamprecht stellt sich auf den wenig befriedigenden Standpunkt, daß der Schuldner trotz einer vor der Fälligkeit erklärten bestimmten Erfüllungsverweigerung bis zur Fälligkeit noch erfüllen könne.

Daß die vom Reichsoberhandelsgericht und vom Reichsgericht zuletzt festgehaltene Rechtsprechung der herrschenden Auffassung und auch den Bedürfnissen insbesondere des Handelslebens entsprach, ergibt sich aus der Denkschrift zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches[14]). Es ist dort der Erwartung Ausdruck verliehen, daß diese Rechtsprechung unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches fortgesetzt werde, zumal das Bürgerliche Gesetzbuch in den entscheidenden Fragen nichts wesentlich Anderes als das alte Handelsgesetzbuch vorschreibe.

Nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches und des neuen Handelsgesetzbuches hatten die oberen Gerichte zu der Frage der Erfüllungsverweigerung noch nicht Stellung genommen, als schon im Schrifttum eine Reihe von Aufsätzen erschien.

Erler[15]) wies darauf hin, daß die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts zum ADHGB nicht in Einklang mit der in § 326 BGB getroffenen Regelung gebracht werden könne[16]). Denn nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch sei ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung nur gegeben, wenn der wirtschaftliche Vertragszweck der Erfüllung nicht mehr ohne Beeinträchtigung einer Partei verfolgt werden könne. Das Bürgerliche Gesetzbuch eröffne in § 326 den Weg zur Ausscheidung des Erfüllungszweckes durch Setzung einer Nachfrist. Da eine Erfüllungsverweigerung die Leistung aber nicht ausschließe und auch der Gläubiger seinen Erfüllungsanspruch behalte, müsse die Frist des § 326 auch bei einer Weigerung gesetzt werden. Der Schuldner könne bis zum Ende der Frist die Leistung bewirken. Die Fristbestimmung in § 326 solle weniger dazu dienen, dem Schuldner die ernsten Folgen seiner Säumnis vor Augen zu führen. Es falle nicht in das Gebiet gesetzgeberischer Fürsorge, eine Partei zu warnen oder umzustimmen, die entschieden erkläre, nicht erfüllen zu wollen. Von der Fristbestimmung gebe es nur eine Ausnahme: Abs. 2 des § 326.

Dieser Auffassung wurde von Niedner[17]) widersprochen. Die Ansprüche aus § 326 entstünden nicht erst nach dem Ablauf der Frist, sondern unmittelbar durch den Verzug und gleichwertig mit dem Anspruch auf Erfüllung. Sie seien nur gesetzlich durch die Frist bedingt, um den Schuldner vor einer Ueberraschung zu schützen. Ein Fortfall des Erfüllungsanspruchs sei also nicht Voraussetzung für die Entstehung des Ersatzanspruchs. Art. 356 ADHGB stimme mit § 326 BGB sachlich überein. Dies ergebe sich auch aus der Entstehungsgeschichte des § 326. Bei einer Verweigerung der Erfüllung müsse also die Frist in Wegfall kommen, wie es bisher die Rechtsprechung schon angenommen habe und wie es auch Treu und Glauben des Geschäftsgebrauchs allein entspreche.

Zu demselben Ergebnis kam auch Rommeick[18]), allerdings mit anderer Begründung. Es handele sich bei der Fristbestimmung des § 326 um eine das

---

[14]) Materialien zum HGB S. 374.
[15]) Recht 1901 S. 421.
[16]) Ebenso Brückmann DJZ 1902 S. 220.
[17]) DJZ 1901 S. 443.
[18]) DJZ 1901 S. 493.

Interesse des Gläubigers fixierende Rechtserklärung. Aus dem fruchtlosen Fristablauf leite sich das Rücktrittsrecht des Gläubigers oder sein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ebenso ab wie aus dem Beweis, daß das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung fortgefallen sei. Einer Fixierung des Gläubiger-Interesses bedürfe es jedoch nicht mehr, wenn schon vorher durch ein Verschulden des Schuldners das Erfüllungsinteresse des Gläubigers fortgefallen sei. Dies sei aber dann der Fall, wenn der Schuldner bereits vor der Fälligkeit endgültig erkläre, er werde nicht leisten. Unter Berufung auf die Entscheidung des Reichsgerichts im 7. Bande Seite 44 bezeichnete Rommeick auch die Inverzugsetzung als überflüssig.

Eine andere Auffassung in der Begründung, wenn auch nicht im Ergebnis, vertrat weiterhin Paech[19]). Mit der Weigerung erkläre der Schuldner seine Unterwerfung unter die Folgen, die die Nichtberechtigung zur Weigerung nach sich ziehe. Eine Weigerung mache die Mahnung überflüssig. Ebenso wie eine Annahmeverweigerung des Gläubigers den Schuldner nach § 295 BGB von dem realen Angebot befreie, könne man andererseits dem Gläubiger nicht zumuten, den Schuldner bei einer Erfüllungsverweigerung noch nach der Fälligkeit zu mahnen[20]). Der Schuldner, der eine Mahnung beanspruche, verstoße gegen Treu und Glauben. Darüber hinaus liege in einer andauernden Weigerung ein Verzicht auf die Nachfrist.

Hangen[21]) gab dem Gläubiger das Recht, zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, nicht auf Grund des Gesetzes, sondern kraft rechtsgeschäftlicher Abänderung des Schuldverhältnisses. § 326 sei kein zwingendes Recht. Die Parteien könnten deshalb auch stillschweigend vereinbaren, daß bei einer Verweigerung der Erfüllung der Gläubiger befugt sein solle, unter Ausschluß der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten. Die Abänderung des Schuldverhältnisses ergebe sich auf Grund eines Handelsgebrauches und könne nach § 157 BGB auch in Fällen angenommen werden, in denen die Partei keine Kenntnis vom Handelsgebrauch habe und ihn nicht zum Bestandteil des Vertragsinhaltes machen wolle. Hangen meint auch, daß es sich auf einem anderen als dem von ihm dargelegten Wege nicht rechtfertigen lasse, den Schuldner der Befreiungsgründe (zum Beispiel der Berufung auf Leistungsunmöglichkeit) zu berauben, die bis zur Fälligkeit noch eintreten könnten.

Wie im Schrifttum traten auch in der Rechtsprechung nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches verschiedene Auffassungen hervor[22]). So entschied das Oberlandesgericht Breslau[23]) im Jahre 1901, daß die Frist des § 326 selbst bei einer Weigerung des Schuldners gesetzt werden müsse. Einer anderen Auffassung stehe der Wortlaut des § 326 entgegen. Ein Recht zum Rücktritt oder einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung habe der Gläubiger erst, wenn durch die Erklärung nach § 326 die Erfüllung des Vertrages ausgeschlossen sei. Es sei von Erler[24]) mit Recht darauf hingewiesen worden, daß eine Weigerung widerruflich sei und weder den Erfüllungsanspruch noch die Annahmepflicht des Gläubigers beseitige. Gerade gegenüber der früheren Rechtsprechung hätte der Gesetzgeber triftigen Grund gehabt, eine sie bestätigende Regelung deutlich zum Ausdruck zu bringen. Auch aus den Motiven könne man nicht entnehmen, daß eine Ausnahme von der Fristbestimmung versehentlich vergessen worden sei. Es könne deshalb auch nicht der Auffassung zugestimmt werden, die in der Denkschrift zum Handelsgesetzbuch zum Ausdruck gekommen sei[25]).

---

[19]) Der Leistungsverzug S. 81 und 163.
[20]) Aus § 295 entnimmt Zitelmann das Gegenteil, daß nämlich Mahnung erforderlich sei (S. 289).
[21]) DJZ 1903 S. 49.
[22]) Brückmann, DJZ 1902 S. 220.
[23]) OLG Bd. 4, S. 14.
[24]) Recht 1901 S. 421; vgl. oben bei Anm. 15 und 16.
[25]) Vgl. oben S. 8.

Genau entgegengesetzt entschied das Kammergericht wenige Tage später[26]). § 326 habe an dem Rechtszustand unter dem alten Handelsgesetzbuch nichts geändert. Eine Aenderung könne insbesondere auch nicht daraus gefolgert werden, daß es in § 326 heiße, der Gläubiger müsse eine Frist „bestimmen" statt „gewähren", wie in Art. 356 ADHGB. Der Denkschrift zum neuen Handelsgesetzbuch müsse deshalb darin zugestimmt werden, daß die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts in dieser Frage aufrecht zu erhalten sei.

Wiederum nur wenige Tage später erging das erste, allerdings nur verhältnismäßig kurz begründete Urteil des Reichsgerichts[27]), welches in dieser Frage unter der Herrschaft des neuen Rechts veröffentlicht wurde. Es handelte sich um einen Fall, in dem die Verwirkung einer Vertragsstrafe vom Eintritt des Verzuges abhing. Das Reichsgericht hielt den in den Entscheidungen im 4. Bande Seite 69 und im 7. Bande Seite 44 bereits aufgestellten Satz aufrecht[28]) und verlieh ihm über die Fälle der Artt. 355 und 356 ADHGB hinausgehend allgemeine Geltung: Wenn der Schuldner vor der Fälligkeit bestimmt erkläre, nicht erfüllen zu wollen, so enthebe dies den Gläubiger jeder weiteren Tätigkeit, um den Schuldner in Verzug zu setzen. Der Schuldner setze sich vielmehr selbst in Verzug[29]). Dieser Satz müsse insbesondere zufolge § 346 HGB auch unter der Herrschaft des neuen Handelsgesetzbuches Anwendung finden. Nach dieser Entscheidung des Reichsgerichts konnte also der Gläubiger die Rechtsfolgen der Weigerung auch schon vor der Fälligkeit geltend machen. Eine Möglichkeit, die Weigerung zu widerrufen, war dem Schuldner nicht gegeben.

Offenbar im Hinblick auf die verschiedenen im Schrifttum und in der Rechtsprechung vertretenen Ansichten nahm das Reichsgericht bald darauf noch einmal ausführlich zu den Fragen Stellung[30]). Der Entscheidung lag ein Fall zugrunde, in dem der rechtswirksame Abschluß des Vertrages vom Schuldner von vornherein bestritten und die Leistungsverweigerung bis nach dem Eintritt des Verzuges aufrecht erhalten wurde. Das Reichsgericht wies zunächst darauf hin, daß aus den Materialien weder für die eine noch für die andere Ansicht etwas entnommen werden könne. Der Wortlaut des Gesetzes spreche wohl dafür, daß die Fristsetzung erforderlich sei. Diese Auffassung werde auch dadurch unterstützt, daß § 326 in seinem zweiten Absatz selbst eine Ausnahme von der Fristsetzung anführe, ohne dabei die Leistungsverweigerung zu erwähnen. Aus § 634 Abs. 2 BGB seien keine Schlüsse zu ziehen. Diese Vorschrift sei zu sehr auf den Werkvertrag zugeschnitten, als daß man aus ihr einen im Gesetz selbst zum Ausdruck gekommenen Grundsatz hinsichtlich der Weigerung entnehmen könne. Gegen eine Ausnahme von der Fristsetzung spreche auch § 295 BGB, der für den Fall der Annahmeverweigerung des Gläubigers ein wenigstens wörtliches Angebot vorsehe.

Das Reichsgericht setzte sich jedoch über diese von ihm als formal bezeichneten Gesichtspunkte hinweg. Es ging davon aus, daß § 326 keineswegs zwingendes Recht enthalte und daß seine Erfordernisse deshalb außer Wirksamkeit gesetzt werden können, wenn beide Parteien ihren Willen übereinstimmend dahin kund tun. Das Reichsgericht legte die Weigerung dahin aus, daß der Schuldner durch sie deutlich zu erkennen gebe, daß er weder eine Frist zur Erfüllung begehre noch von einer ihm gesetzten Frist Gebrauch machen werde. Seine Weigerung enthalte daher einen Verzicht auf das Erfordernis der Fristsetzung. Zur Unterstützung dieser Auslegung in dem betreffenden Fall fügte das Reichsgericht hinzu, daß die Annahme eines Verzichts auf die Fristsetzung umso weniger einem Bedenken unterliege, als es sich um einen Handelskauf

---

[26]) OLG Bd. 4, S. 16.
[27]) Vom 26. 11. 1901 III. Senat, ausführlich bei Gruchot Bd. 46 S. 979, auch in JW 1902 S. 28 u. DJZ 1902 S. 68.
[28]) Vgl. oben S. 7.
[29]) Ebenso OLG Königsberg in SeuffArch Bd. 57 S. 391 — OLG Hamburg SeuffArch Bd. 57 S. 442.
[30]) RGZ 51/349 vom 27. 5. 1902 (II. Zivilsenat).

handele. Unter Kaufleuten habe auch nach dem neuen Handelsgesetzbuch die Erfüllungsverweigerung die Bedeutung eines Verzichts auf die Nachfrist, wie sich aus einer Anwendung des § 346 HGB unter Berücksichtigung der feststehenden Rechtsprechung zu den Artt. 355, 356 ADHGB ergebe. In der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs durch den Gläubiger erblickte das Reichsgericht die Annahme jenes durch die Weigerung ausgesprochenen Verzichts des Schuldners und zugleich die Erklärung des Gläubigers, daß er nunmehr die Erfüllung ablehne. Damit erachtete das Reichsgericht die Voraussetzungen für die in § 326 Abs. 1 Satz 2 aufgeführten Rechtsfolgen als gegeben. Offenbar zur Unterstützung dieses Ergebnisses führte das Reichsgericht in der betreffenden Entscheidung aus, daß die Fristbestimmung im Falle einer Weigerung zwecklos und überflüssig sein werde und man nicht annehmen könne, daß im Rechtsverkehr zwecklose und überflüssige Erklärungen gewollt seien. Hierin schloß sich das Reichsgericht also an die alte Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts an[31]). Diese Ausführungen kehren später in zahlreichen Entscheidungen des Reichsgerichts wieder[32]).

Da der Schuldner in der eben erwähnten Entscheidung die Erfüllungsverweigerung auch nach dem Eintritt des Verzuges aufrecht erhalten hatte, nahm das Reichsgericht nicht ausdrücklich zu der Frage Stellung, ob bereits eine vor der Fälligkeit erklärte Weigerung dem Gläubiger irgendwelche Rechte gebe. Daß dies in gewissem Umfang der Fall sein soll, konnte aus der Begründung jedoch entnommen werden. In einer bald darauf gefällten Entscheidung[33]) hat derselbe (II.) Senat diese Auslegung ausdrücklich bestätigt. Allerdings sollten die dem Gläubiger gewährten Rechte nicht weit gehen. Der Gläubiger konnte gegenüber einer ernstlichen Erfüllungsverweigerung vor der Fälligkeit erklären, daß er sich auf eine spätere Erfüllung nicht einlasse, sondern Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlange, wenn der Schuldner auf seiner Weigerung bestehe und bei Verfall nicht leiste. Leistete der Schuldner dann nicht, so konnte der Gläubiger mit dem nach dem Ablauf der Lieferfrist eintretenden Verzug die Rechte aus § 326 geltend machen. Der Schuldner durfte seine Weigerung somit bis zur Fälligkeit widerrufen, die Leistung erbringen und dadurch den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung abwenden. Das Reichsgericht betonte ausdrücklich, daß ein etwa vor der Fälligkeit vorgenommener Deckungskauf in einem solchen Fall nachträglicher Erfüllung auf Gefahr des Gläubigers gehe[34]). Damit vertrat die Entscheidung wieder eine Auffassung, die seit dem Urteil im 7. Bande Seite 44 als überholt gelten durfte. Wenn der Gläubiger nicht in die Gefahr kommen wollte, eine doppelte Leistung zu erhalten, mußte er bis zur Fälligkeit warten. Bei dieser Sachlage hatte er aber seinerseits kein Interesse, sich durch eine Erklärung bereits vor der Fälligkeit gegenüber dem Schuldner zu binden.

Gegen die Verzichttheorie des Reichsgerichts sind in der Wissenschaft mit Recht Bedenken geäußert worden. So wird namentlich von Siber[35]) eingewandt, es stehe offenbar im Widerspruch mit dem erkennbaren Willen des Schuldners, wenn man in seiner Erfüllungsverweigerung den Antrag zu einer Vereinbarung finde, durch die er sich ohne jeden Gegenvorteil der zu seinen Gunsten geschaffenen Frist begebe. Er setze sich dadurch den ihm sehr nachteiligen Folgen des § 326 gutwillig früher aus, als er es nach dem Gesetz nötig habe. In einer Erfüllungsverweigerung könne nur der vorsorgliche Antrag des Schuldners erblickt werden, den Vertrag unter gegenseitigem Verzicht auf alle Rechte aufzuheben.

---

31) ROHG Bd. 3, S. 319, vgl. oben S. 6 f.
32) Vgl. RGZ 90/317, 102/266, 108/69, 121/132, 129/145, WarnE. 1915 Nr. 279, 1918 Nr. 5 und 162, JurRdsch. 1927, Nr. 1101.
33) RGZ 52/151.
34) Ebenso RGZ 4/69.
35) Bei Planck § 326 Anm. 2 d letzter Absatz.

III.

Die Erfüllungsverweigerung als positive Vertragsverletzung.

A. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts.

Der Rechtsbegriff der positiven Vertragsverletzung wurde durch den II. Senat des Reichsgerichts in einer Entscheidung vom März 1903[1]) mit der folgenden Begründung anerkannt: Bei den Vorarbeiten zum Bürgerlichen Gesetzbuch habe die Auffassung geherrscht, daß alle positiven Rechtsverletzungsakte eines Vertragsteils in den Rahmen der Unmöglichkeit gebracht werden können. Man habe angenommen, daß im Bürgerlichen Gesetzbuch Verzug und Unmöglichkeit als einzige Pflichtverletzungen des Schuldners ihre Regelung gefunden haben. Diese Auffassung werde von dem erkennenden Senat jedoch nicht geteilt. In § 326 liege ein allgemeiner Rechtssatz: Das schuldhafte Unterlassen der Leistung gebe dem anderen Teil wegen der darin liegenden Gefährdung des Vertragszweckes das Recht, im Interesse der Verkehrssicherheit alsbald eine klare Rechtslage dadurch zu schaffen, daß er zurücktrete oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlange. Die gleichen Gesichtspunkte treffen aber zu, wenn ein Vertragsteil durch positive Handlungen die Erreichung des Vertragszweckes gefährde. Es sei kein Grund ersichtlich, weshalb nur das Unterlassen der Leistung dem Gläubiger besondere Rechte geben solle. In entsprechender Anwendung des § 326 müsse deshalb dem vertragstreuen Teil das Recht zum Rücktritt vom Vertrage oder ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung gegeben werden, wenn der andere durch positive Vertragsverletzungen die Erreichung des Vertragszweckes gefährde. — Auf die Gestaltung dieser entsprechenden Anwendung im einzelnen Fall, insbesondere ob Fristbestimmung und Androhung erforderlich seien, ging das Reichsgericht jedoch nicht ein. Es wies darauf hin, daß dies von den jeweiligen konkreten Umständen abhänge.

Bevor das Reichsgericht die in dieser Entscheidung entwickelten Grundsätze auf die Erfüllungsverweigerung anwandte, entschied der VII. Senat[2]) noch einmal im Sinne der Verzichttheorie.

Im 57. Bande Seite 112[3]) folgte die Entscheidung des II. Senats, in der das „unberechtigte und vertragswidrige Sichlossagen vom Vertrage vor der Fälligkeit" als eine positive Vertragsverletzung angesehen wurde. Zu Beginn seiner Ausführungen wies der Senat allerdings unter Bezugnahme auf die früheren Entscheidungen darauf hin, daß der Schuldner mit der Weigerung auf Mahnung und Fristsetzung verzichtet habe. Bei der Erörterung der Schwierigkeiten, die bei einer Vorleistungspflicht des vertragstreuen Teiles entstehen, ging der Senat zu der neuen Auffassung über. In Anwendung des in der Entscheidung vom März 1903 gefundenen Grundsatzes, d. h. in entsprechender Anwendung des § 326, wurde dem Gläubiger schon auf der Grundlage der Lossagung vom Vertrag — also auch vor der Fälligkeit — das Recht gegeben, vom Vertrage zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen.

Diese Stellungnahme hat das Reichsgericht in zahlreichen Entscheidungen beibehalten[4]). Der Begriff der positiven Vertragsverletzung wurde weiter ausgebaut. Es genügt nicht mehr die bloße Gefährdung des Vertragszweckes, wie sich der II. Senat in der grundlegenden Entscheidung im 54. Bande ausdrückte. Die Vertragsverletzung muß den Vertragszweck derart gefährden, daß dem vertragstreuen Teil bei Berücksichtigung der Umstände des Falles die Fortsetzung des Vertrages nach Treu und Glauben nicht zugemutet werden kann[5]).

[1]) RGZ 54/98.
[2]) JW 1903 Beilage S. 139.
[3]) Auch abgedruckt in DJZ 1904 S. 342 und JW 1904, S. 171.
[4]) Vgl. RGZ 67/317, 93/286, 96/342, 104/278, 106/92, 149/403; WarnE. 1910 Nr. 50; Recht 1924, Nr. 1112, 1113.
[5]) Vgl. RGZ 93/286.

Das Reichsgericht hat jedoch in der Folgezeit nicht immer daran festgehalten, in der Erfüllungsverweigerung eine positive Vertragsverletzung zu sehen und mit dieser Begründung dem Gläubiger die Rechte des § 326 ohne Fristsetzung zuzusprechen. Wie schon erwähnt, hat das Reichsgericht im 57. Bande Seite 112 zunächst die Verzichttheorie des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts als richtig und in dem betreffenden Fall als anwendbar bezeichnet. Der Senat stellte diese Begründung und die der positiven Vertragsverletzung nebeneinander. Das Reichsgericht ist in vielen später entschiedenen Fällen auf die Verzichttheorie zurückgekommen, ohne die positive Vertragsverletzung zu erwähnen, und zwar auch da, wo es sich um eine Weigerung vor der Fälligkeit handelte[6]). Aber auch andere Begründungen aus der früheren Rechtsprechung wurden in einer Reihe von Entscheidungen wieder anerkannt, um dem Gläubiger bei einer Erfüllungsverweigerung des Schuldners vor oder nach der Fälligkeit sofort die Rechte aus § 326 zu geben. Es wurde darauf hingewiesen, daß Mahnung und Fristsetzung zwecklos wären oder daß sie nur eine leere Form darstellten und aus diesem Grunde wegzufallen hätten. Es könnte nicht angenommen werden, daß der Gesetzgeber im Rechtsverkehr zwecklose und überflüssige Erklärungen verlangen wollte[7]). Der V. Senat beschränkte in der Entscheidung im 63. Bande, Seite 102 die Verwendung des Begriffes der positiven Vertragsverletzung auf handelsrechtliche Lieferungsgeschäfte und ähnliche, auf längere Dauer berechnete Verträge. Bei Grundstücksverkäufen könnte jedenfalls eine entsprechende Anwendung des § 326 nicht in Betracht kommen, weil hier der vertragstreue Teil nur selten zu anderweitiger Eindeckung genötigt sein würde[8]). Auch diese Entscheidung hielt die Rechtsprechung aufrecht, die in der Weigerung einen Verzicht auf die Fristgewährung erblickte.

Folgt man dem Reichsgericht in dem Ergebnis, daß die Voraussetzungen einer positiven Vertragsverletzung auf Grund einer Erfüllungsverweigerung gegeben sein können, so bleibt doch wegen der besonderen Art der Vertragsverletzung eine Reihe von Fragen offen.

Zunächst kann es zweifelhaft erscheinen, in welchem Zeitpunkt die Rechte des Gläubigers aus § 326 entstehen und ob es zu ihrer Entstehung einer Erklärung des Gläubigers bedarf. Das Reichsgericht hat verschiedene Auffassungen vertreten: Nach einer Entscheidung des VII. Senats im 106. Bande Seite 93, die allerdings insoweit nicht näher begründet ist, sollen die Rechte aus § 326 im Zeitpunkt der Erfüllungsverweigerung entstehen. Dieser Ansicht sind jedoch spätere Entscheidungen nicht mehr gefolgt. Nach der als herrschend zu bezeichnenden Auffassung bedarf es zur Ergänzung der Rechte aus § 326 einer darauf gerichteten Erklärung des Gläubigers an den Schuldner. Auf Grund der Weigerung entsteht also neben dem Erfüllungsanspruch für den Gläubiger das Recht, vom Vertrag zurückzutreten oder unter ausdrücklicher Ablehnung der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Dieses Recht kann der Gläubiger auch vor der Fälligkeit ausüben. Er kann deshalb auch vor der Fälligkeit einen Deckungskauf vornehmen und ihn seiner Schadensberechnung zugrunde legen. Der Deckungskauf wird jedoch in der Regel erst nach der Erklärung des Gläubigers, daß Schadensersatz verlangt wird, erfolgen dürfen[9]).

Je nach dem Inhalt der von dem Gläubiger abgegebenen Erklärung ist in diesem Zeitpunkt der Schadensersatzanspruch entstanden oder der Vertrag mit rückwirkender Kraft aufgelöst. Daß der Schadensersatzanspruch erst mit der Erklärung des Gläubigers entsteht, ist insbesondere wichtig für eine etwaige abstrakte Berechnung des Schadensersatzes[10]). Die Erklärung des Gläubigers,

[6]) Vgl. u. a. RGZ 66/419; WarnE. 1913 S. 192; JW 1925 S. 1748.
[7]) Vgl. die in Anm. 32 S. 11 angegebenen Entscheidungen.
[8]) Ebenso Werner bei Düringer-Hachenburg, IV, Allg. Einltg. Anm. 385, S. 328.
[9]) RGZ 52/152, 102/348.
[10]) Vgl. RGZ 91/31 (II. Senat) 103/293; Werner bei Staudinger § 326 B II 2 letzter Abs. u. § 326 B I 3 a bb α, 4. Abs.

mit der er eines der Rechte aus § 326 geltend macht, muß dem Schuldner gegenüber unter Angabe der Gründe des Vorgehens abgegeben werden. Die Angabe der Gründe ist insbesondere bei der Rücktrittserklärung wichtig[11]). Will der Gläubiger trotz der Weigerung auf seinem Erfüllungsanspruch bestehen, so darf er den Schuldner hierüber nicht in einer Weise im Unklaren lassen, die mit den Anforderungen von Treu und Glauben nicht zu vereinbaren ist[12]). Der Gläubiger muß den Schuldner also in der Regel von seinem Erfüllungsverlangen innerhalb angemessener Frist in Kenntnis setzen, tut er dies nicht, so kann er eine Erfüllung nicht mehr verlangen.

Unter Hinweis auf diese Rechtsprechung des Reichsgerichts will Oertmann[13]) das Schweigen des Gläubigers auf die Weigerung unter Umständen als Einverständniserklärung zu einer Aufhebung des Vertrages deuten[14]). Man wird einer solchen Möglichkeit der Auslegung zustimmen müssen. Sie dürfte jedoch nur selten gegeben sein. Denn es besteht in der Regel keine Veranlassung zu der Annahme, daß der Gläubiger ohne Gegenleistung auf seine Rechte aus dem Vertrag verzichten wolle. Auch die Unsicherheit der bei einem gegenseitigen Vertrag alsdann entstehenden Rechtslage wird den Gläubiger davon abhalten, seine Zustimmung zur Aufhebung des Vertrages durch Schweigen zum Ausdruck zu bringen. Der Gläubiger würde selbst nicht wissen, ob er seinerseits noch zu einer Gegenleistung verpflichtet ist.

Will der Gläubiger vom Vertrage zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, so ist zweifelhaft, ob er die darauf hinzielende Erklärung nur unverzüglich nach der Weigerung abgeben kann oder ob der Zeitpunkt der Erklärung in seinem freien Ermessen steht. Der II. und III. Senat des Reichsgerichts haben sich wiederholt auf den letzteren Standpunkt gestellt[15]). In dem Rechtsstreit, der der Reichsgerichtsentscheidung im 83. Bande Seite 176 zugrunde liegt, hatte das Oberlandesgericht Hamburg eine Auffassung vertreten, nach der der Gläubiger infolge der schuldnerischen Weigerung seinen Erfüllungsanspruch vorzeitig fallen lassen oder ihn dauernd beibehalten mußte. Hieraus folgert das Reichsgericht, daß nach der Meinung des Oberlandesgerichts der Gläubiger bei einem späteren Uebergang vom Erfüllungsanspruch zum Schadensersatzanspruch nicht nur wie immer seinen Erfüllungsanspruch verliere, sondern auch den Einwand befürchten müsse, Schadensersatz nicht mehr oder nicht mehr vollständig verlangen zu können. Diesem Ergebnis tritt das Reichsgericht jedoch entgegen. Es müsse davon ausgegangen werden, daß die Rechtslage des vertragstreuen Teils durch die Weigerung nicht verschlechtert werden dürfe. Die Rücksicht auf den Schuldner könne den Gläubiger nicht dazu nötigen, seinen Erfüllungsanspruch aufzugeben. — Zufolge dieser Auffassung gibt das Reichsgericht in einer weiteren Entscheidung dem Gläubiger das Recht, sogar noch nach der Erhebung einer Erfüllungsklage zum Schadensersatzanspruch überzugehen[16]). Auf dem entgegengesetzten Standpunkt, daß nämlich ein Erfüllungsverlangen des Gläubigers zunächst unwiderruflich sei, scheint Oertmann[17]) zu stehen, der allerdings nur den Fall behandelt, daß der Gläubiger auf einen unberechtigten Rücktritt des Schuldners das Festhalten am Vertrage erklärt. Damit habe der Gläubiger den Rücktritt des Schuldners selbst als unwirksam bezeichnet und er müsse nunmehr den Schuldner in Verzug setzen. Die von Oertmann angegebene Entscheidung des Reichsgerichts im 67. Bande

---

11) RG in JW 1928, S. 2637; RGZ 142/274.
12) RGZ 88/262, 91/347. In der letzteren Entscheidung ist ausgeführt, daß ein Zuwarten bis zur Fälligkeit dann nicht gegen Treu und Glauben zu verstoßen braucht, wenn nach der Sachlage ein Einverständnis des Gläubigers mit der Aufhebung des Vertrages nicht mit irgendwelcher Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte.
13) § 326 Anm. 4 b β, 6. Abs.
14) Ebenso Siber bei Planck § 284 Anm. 6 c β. Nach § 29 der Einheitsbedingungen im deutschen Getreidehandel gilt das Schweigen als Einverständnis mit der Aufhebung des Vertrages, vgl. unten S. 18.
15) RGZ 83/178, 91/101, 102/264, ebenso auch Werner bei Staudinger § 326 Anm. B II 2 letzter Absatz.
16) RGZ 102/264.
17) § 326 Anm. 4 b β, 6. Abs.

Seite 318 behandelt jedoch nur eine unberechtigte Rücktrittserklärung nach § 326 und verneint im Grunde eine Endgültigkeit der Weigerung.

Es sind Umstände denkbar, denen zufolge der Gläubiger die Ausübung seines Rücktrittsrechts und seines Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht beliebig lange hinauszögern darf. Dies ergibt sich aus den Grundsätzen von Treu und Glauben. Es entspricht auch dem Sinne der Bestimmungen des § 326, klare Verhältnisse zu schaffen. Besonders das Rücktrittsrecht ist im Interesse klarer Rechtsbeziehungen bald auszuüben. Es kann sonst möglicherweise ein Verzicht auf das Rücktrittsrecht angenommen werden[18]). Bei der zu treffenden Entscheidung wird stets zu beachten sein, daß in erster Linie die Belange des vertragstreuen Gläubigers zu berücksichtigen sind. Der Schuldner muß insoweit zurückstehen. Das ist eine Folge seiner Vertragsverletzung. Nur unter diesem Vorbehalt wird man auch dem in einer weit zurückliegenden Entscheidung des Reichsgerichts[19]) aufgestellten Grundsatz zustimmen können, daß der Gläubiger nach einer Weigerung sofort alles zu tun habe, um die Folgen der Vertragsverletzung auf ein möglichst geringes Maß zu beschränken[20]).

Aus diesen Grundsätzen kann entnommen werden, daß der Gläubiger nach der Weigerung zunächst auch noch eine Frist setzen darf. Dieses Recht besteht vor allem dann, wenn Ernstlichkeit und Endgültigkeit der Weigerung zweifelhaft sind[21]). Aber selbst bei vollkommener Gewißheit über die Weigerung erscheint eine Fristsetzung zulässig. Es ist bereits dargelegt worden, daß der Gläubiger nach der Auffassung des Reichsgerichts nicht gezwungen ist, seinen Erfüllungsanspruch sofort aufzugeben, wenn er Rechte aus der Weigerung geltend machen will. Setzt der Gläubiger noch eine Frist, so wird sie allerdings nicht als eine Nachfrist im Sinne des § 326 BGB anzusehen sein. Die Frist des § 326 setzt den Eintritt des Verzuges voraus und beseitigt nach ihrem fruchtlosen Ablauf den Erfüllungsanspruch des Gläubigers. Beides fehlt aber, wenn der Gläubiger noch vor der Fälligkeit der Leistung eine Frist setzt[22]). Selbst wenn der Gläubiger die Frist äußerlich nach den Formen des § 326 setzen sollte, wird man ihr nur die Bedeutung beimessen können, daß sie eine Rücknahme der Weigerung ermöglichen soll. Gibt der Schuldner darauf Erklärungen ab, die eine Erfüllung bei Fälligkeit offen lassen, so wird der Gläubiger so zu stellen sein, als ob die Endgültigkeit der Weigerung von Anfang an zweifelhaft war[23]).

Läßt der Schuldner dagegen die Frist nutzlos ablaufen oder wiederholt er seine Weigerung, so stehen dem Gläubiger dieselben Möglichkeiten offen, die er vor der Fristsetzung auch hatte. Er kann weiterhin Erfüllung verlangen oder aber auch auf Grund der Weigerung Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern oder vom Vertrage zurücktreten. Für die Schadensberechnung ist ohne Rücksicht auf eine Frist nur der Zeitpunkt maßgebend, in dem der Gläubiger erklärt, Schadensersatz zu verlangen, denn erst in diesem Zeitpunkt entsteht der Ersatzanspruch[24]). Das Reichsgericht hat sich zwar in der Entscheidung im 5. Bande, Seite 104 auf den gegenteiligen Standpunkt gestellt, daß nämlich der Gläubiger eine Nachfrist bei der Berechnung des Schadens jedenfalls nicht zum

---

[18]) Vgl. RGZ 107/109; RG in LZ 1913, Sp. 381; Seuff.Arch Bd. 76, Nr. 75. Die erste Entscheidung hat unter Berufung auf Treu und Glauben den Verzicht auf ein Rücktrittsrecht angenommen, das der Gläubiger erst 1 Jahr und 8 Monate nach Eintritt der Berechtigung zum Rücktritt plötzlich ausüben wollte. Die Entscheidung in Seuff.A. Bd. 76 hat die Erhebung eines Schadenersatzanspruches nach mehr als 4 Jahren seit der Erfüllungsverweigerung für unberechtigt erklärt. Bemerkenswert ist, daß die Berufungsgerichte (OLG Köln und Celle) das Rücktrittsrecht wie auch den Schadensersatzanspruch trotz des Zeitablaufs zulassen wollten.

[19]) RGZ 5/105.

[20]) Ueber die Anwendung des § 254 vgl. RGZ 83/178 und 91/100.

[21]) Vgl. unten S. 22.

[22]) Vgl. RG in WarnE. 1925, Nr. 129.

[23]) Vgl. unten S. 21 f.

[24]) Vgl. Anm. 10 oben S. 13.

Nachteil des Schuldners geltend machen dürfe. Dabei ist das Reichsgericht jedoch von einer Nachfrist im Sinne des dem jetzigen § 326 BGB entsprechenden Art. 356 ADHGB ausgegangen. Im Ergebnis wird man der im 5. Bande niedergelegten Auffassung des Reichsgerichts heute nur zustimmen können, wenn der Gläubiger Rechte aus der Fristsetzung in einer gegen Treu und Glauben verstoßenden Weise ableiten will[25]).

Erklärt der Gläubiger, vom Vertrage zurückzutreten oder Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, so geht sein Erfüllungsanspruch unter. Nach der Auffassung des Reichsgerichts kann ein Erfüllungsanspruch und ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung nicht hinsichtlich derselben Leistung nebeneinander bestehen. Der Gläubiger könne sonst auf Kosten des Schuldners spekulieren. Der Schuldner müsse auch wissen, ob er zu erfüllen oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu leisten habe[26]). Die Erklärung des Gläubigers entspricht insoweit also dem Ablauf der Frist des § 326. Von der Erklärung, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, kann der Gläubiger jedoch wieder abgehen, um vom Vertrage zurückzutreten. Denn um ein Wahlschuldverhältnis im Sinne der §§ 262 ff. BGB handelt es sich bei den Rechten aus § 326 nicht. Die Erklärung, Schadensersatz zu fordern, führt demnach eine Aenderung der Rechtslage nicht herbei. Dagegen löst der einmal erklärte Rücktritt den Vertrag unwiderruflich auf. Es gelten insoweit die Grundsätze, die im Zusammenhang mit §§ 325, 326 entwickelt worden sind[27]). Daß die Anwendung dieser Grundsätze in den Fällen der Erfüllungsverweigerung jedoch keineswegs zweifelsfrei gewesen ist, beweist ein Erkenntnis des Reichsgerichts im 63. Bande Seite 103. Der Schuldner hatte einen Grundstückskaufvertrag noch vor der Fälligkeit der Leistungen für ungültig erklärt. Nach dem fruchtlosen Ablauf einer Frist hatte der Gläubiger das Grundstück ebenfalls noch vor der Fälligkeit weiterverkauft und nunmehr Schadensersatzansprüche gegen den ersten Käufer geltend gemacht. In diesem Weiterverkauf erblickt das Reichsgericht eine Einverständniserklärung zu dem Aufhebungsverlangen des Schuldners. Die Entscheidung läßt dem Gläubiger aber die Möglichkeit offen, von seiner Einverständniserklärung durch ein Angebot der Leistung nach § 295 BGB wieder abzugehen und auf Erfüllung des Vertrages zu bestehen. Die Frage, ob der Vertrag nicht durch das Einverständnis des Gläubigers mit der Aufhebung des Vertrages endgültig aufgelöst worden ist, wird nicht erörtert.

Zweifelhaft ist es auch, ob der Schuldner eine einmal erklärte Weigerung widerrufen kann. Das Reichsoberhandelsgericht hat sich seinerzeit auf den Standpunkt gestellt[28]), daß eine Rücknahme der Weigerung nicht möglich sei. Denn eine beliebige Aenderung einmal abgegebener Willenserklärungen könne nicht als zulässig angesehen werden. Fritz[29]) kommt zu demselben Ergebnis, wenn er sagt, daß der Schuldner die Vertragsverletzung nicht durch nachträgliche Erfüllung heilen könne. Das Reichsgericht hat dagegen die Rücknahme der Weigerung in der Entscheidung im 57. Bande Seite 113 für zulässig erklärt, wenn der Gläubiger noch nicht von den Rechten des § 326 Gebrauch gemacht hat[30]). In einer anderen Entscheidung hat das Reichsgericht sich jedoch auf den Standpunkt gestellt, daß die Weigerung vor der Fälligkeit stets zurückgenommen werden könne, auch wenn der Gläubiger seine Rechte bereits ausgeübt habe[31]). Ein Grund dafür, daß die Weigerung nur vor der Fälligkeit widerrufen werden könne, wird nicht angegeben und doch kann diese zeitliche Be-

---

25) Vgl. insbesondere die in den Anmerkungen 10, 12, 15 oben S. 13 und 14 angeführten Entscheidungen.
26) RG in JW 1910 S. 12; Fritz S. 212.
27) Vgl. Werner bei Staudinger § 326 Anm. B I 3 bb; Michaelis im Komm. der RGR. § 326 Anm. 1 c, 4. Abs. RGZ 67/318, 85/282, 109/186; ferner Riezler, S. 150 ff., der schon die Erklärung, daß Schadensersatz gefordert werde, für endgültig ansieht.
28) ROHG 3/322.
29) S. 212.
30) Ebenso RG in JW 1910 S. 12; Werner bei Staudinger § 326 B II 2 und bei Düringer-Hachenburg Allg. Einltg. Anm. 385; vgl. auch RG in Recht 1924, Nr. 1112.
31) RG in Monatsschrift 1908 S. 129, ebenso RGZ 52/153.

grenzung keineswegs selbstverständlich erscheinen. Das Reichsgericht weist nur darauf hin, daß dem Gläubiger die Rechte des § 326 bei einer widerrufenen Weigerung nicht zustünden, da diese noch nicht den Vertragszweck gefährde. Hieraus scheint man indes entnehmen zu können, daß das Reichsgericht in dem betreffenden Fall in Wahrheit die Endgültigkeit der Erfüllungsverweigerung nicht als gegeben erachtete. Die Weigerung war zunächst als unrechtmäßig beanstandet und nach vier Tagen bereits widerrufen worden. Das Reichsgericht hat also im Gegensatz zu der sonstigen Rechtsprechung die Endgültigkeit der Weigerung nicht vom Standpunkt des Gläubigers zur Zeit der Weigerung betrachtet, sondern vom Standpunkt des rückwärts blickenden Richters. Es ergibt sich jedoch aus der angegebenen Entscheidung, daß der Widerruf der Weigerung die in ihr liegende Vertragsverletzung nicht berührt und daß der Schuldner zum Ersatz desjenigen Schadens verpflichtet bleibt, der aus der Vertragsverletzung entstanden ist. Unter Berufung auf dieses Urteil hat auch das Kammergericht[32]) entschieden, daß der Schuldner die Leistung bei Fälligkeit noch anbieten könne. Eine Folge dieser uneingeschränkten Widerruflichkeit der Weigerung bis zur Fälligkeit ist es, daß ein von dem Gläubiger vor der Fälligkeit vorgenommener Deckungskauf im Fall des Widerrufs zu seinen Lasten geht. Diese Auffassung ist auch vom Reichsgericht vertreten[33]), jedoch bald wieder aufgegeben worden[34]).

Die Erfüllungsverweigerung verschafft dem Gläubiger nach der herrschenden Lehre nur die Möglichkeit, ohne weiteres die Rechte aus § 326 auszuüben. Weitere Wirkungen hat die Erfüllungsverweigerung als solche nicht. Daß sie insbesondere den Anspruch des Gläubigers nicht fällig macht oder vor der Fälligkeit Verzug herbeiführt, ist in der neueren Rechtsprechung allgemein anerkannt[35]). Es treten also auch die Verzugsfolgen nicht vor der Fälligkeit ein. Wird z. B. die Leistung vor der Fälligkeit durch Zufall unmöglich, so ist keineswegs nach § 287 Satz 2 BGB eine Haftung des Schuldners wegen Verzuges gegeben[36]). Dieser Satz wird freilich dahin zu ergänzen sein, daß der Schuldner durch eine zufällige Unmöglichkeit vor Fälligkeit nicht mehr frei wird, wenn der Gläubiger auf Grund der Weigerung zum Schadensersatzanspruch übergegangen ist[37]). In diesen Fällen ist ein Anspruch auf Erfüllung, der infolge der Unmöglichkeit untergehen kann, nicht mehr vorhanden. Der Schadensersatzanspruch kann mangels einer gesetzlichen Bestimmung nicht durch die Unmöglichkeit berührt werden.

Eine folgerichtige Durchführung des Satzes, daß durch die Erfüllungsverweigerung vor der Fälligkeit Verzug nicht herbeigeführt wird, zwingt auch zu dem Ergebnis, daß eine Vertragsstrafe durch die Weigerung vor Fälligkeit nicht verwirkt wird. Denn die Verwirkung der Vertragsstrafe ist nach § 339 BGB abhängig vom Eintritt des Verzuges. Die Entscheidung des Reichsgerichts bei Gruchot Bd. 46, S. 979 dürfte insoweit durch die neuere Rechtsprechung überholt sein. Dort ist ausgeführt worden, daß der Schuldner sich durch eine Weigerung vor der Fälligkeit selbst in Verzug setze. Wenn der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, wird man die Verwirkung der Vertragsstrafe ebenso wie im Falle einer vor der Fälligkeit eingetretenen und vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit[38]) auf den Zeitpunkt verschieben müssen, in dem die Leistung unter regelmäßigen Umständen fällig geworden wäre. Eine Mahnung ist nicht mehr erforderlich, denn sie wäre im Hinblick auf das inzwischen eingetretene Erlöschen des Erfüllungsanspruchs eine bloße Formalität.

---

32) OLG 33/223; ebenso Michaelis in RGR-Komm. § 326 Anm. 1 b bb und Oertmann § 326 Anm. 4 b β, 5. Abs.
33) RGZ 52/153.
34) RGZ 57/113, zustimmend Hueck, S. 112.
35) Vgl. RGZ 67/317.
36) RG in WarnE. 1919, S. 131; ebenso Hangen DJZ 1903, S. 50, letzter Abs. u. Heinichen bei Staub Anhg. zu § 374 Anm. 86.
37) So die englische Rechtsprechung, vgl. S. 30 Anm. 22.
38) Vgl. Siber bei Planck § 284 Anm. 2, insbes. 2 b β und § 339 Anm. 2 a.

B. Die Geschäftsbedingungen der Wirtschaft.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts stimmt in ihrem wesentlichen Ergebnis mit den Bedürfnissen der Praxis überein. Das kann man aus den Bestimmungen entnehmen, die sich in einem Teil der formularmäßigen Geschäftsbedingungen der Wirtschaft über die Erfüllungsverweigerung finden. Insbesondere in den Geschäfts- und Lieferungsbedingungen des deutschen Produktenhandels[39]) sind die Rechtsfolgen einer vorzeitigen Erfüllungsverweigerung behandelt. Sämtliche Sonderregelungen laufen in ihrem Hauptergebnis darauf hinaus, daß der Gläubiger des die Erfüllung verweigernden Vertragsteils vom Vertrage zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann[40]). Der Anspruch auf die Erfüllung bleibt dem Gläubiger auf Grund der bloßen Weigerung fast immer erhalten. Eine Ausnahme in dieser Hinsicht enthält § 10 des Bremer Schlußscheins[41]), der ausdrücklich den Anspruch auf Erfüllung untergehen läßt.

Nach den meisten Bedingungen kann der Gläubiger seine Ansprüche sofort nach der Weigerung geltend machen, unter Umständen also auch vor Eintritt der Fälligkeit oder des Verzuges. Der Gläubiger ist sogar meist gezwungen, unverzüglich oder — nach anderen Bedingungen — nach 1, 2 oder 3 Tagen zu erklären, ob er zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen will[42]). Wenn der Gläubiger keine Erklärung auf die Weigerung abgibt, ist er nach einigen Bedingungen auf die abstrakte Schadensberechnung beschränkt[43]). Nach den Einheitsbedingungen im deutschen Getreidehandel verliert der Gläubiger seinen Erfüllungsanspruch, wenn er sein Bestehen auf der Erfüllung dem Schuldner nicht binnen einer Woche[44]) nach der Weigerung anzeigt. Beim Schweigen des Gläubigers wird sein Einverständnis mit der Aufhebung des Vertrages unterstellt.

Eine Sonderregelung hinsichtlich der Rechte des Gläubigers aus einer Erfüllungsverweigerung enthalten die Westpreußischen Handelsbedingungen[45]). Nach § 15 ist der Gläubiger darauf angewiesen, zunächst den Verzug des Schuldners herbeizuführen. Nur von einer weiteren Fristsetzung ist der Gläubiger befreit, wobei die Bedingungen zwischen einer vor oder nach der Fälligkeit erklärten Erfüllungsverweigerung nicht unterscheiden. Aus der Tatsache, daß der Gläubiger Verzug herbeiführen muß, ist auch zu entnehmen, daß der Schuldner eine vor Verzugseintritt erklärte Erfüllungsverweigerung widerrufen und seine Leistung noch erbringen kann.

In diesem Zusammenhang ist auch auf eine Vereinbarung hinzuweisen, die sich üblicherweise in den Bedingungen der Hypothekenbanken befindet. Wenn der Schuldner die Rechtsgültigkeit des Darlehens oder der Hypothekenbestellung bestreitet, gilt die Darlehensforderung als sofort fällig.

In einer großen Anzahl von Lieferungsbedingungen z. B. der Maschinenbau-, der elektrotechnischen, der Bauindustrie und des Handwerks[46]) findet man keine Bestimmungen über die Erfüllungsverweigerung. Auch in den zahlreichen Geschäftsbedingungen, die insbesondere für den Berliner Platzhandel von den Industrie- und Handelskammern herausgegeben sind, fehlt es in der Regel an Vorschriften, die sich mit der Erfüllungsverweigerung beschäftigen. Diese Tat-

[39]) Abgedruckt im Handbuch des Landesproduktenhandels 1929.
[40]) So z. B. § 29 der Einheitsbedingungen im deutschen Getreidehandel, die an den meisten deutschen Getreidebörsen gelten, § 41 der Rhein.-Westfälischen Handelsgebräuche, § 15 der Westpreußischen Handelsbedingungen.
[41]) Des Bremer Vereins von Getreideimporteuren aus dem Jahre 1923.
[42]) Nach dem Wortlaut des § 29 der Einheitsbedingungen im deutschen Getreidehandel muß angenommen werden, daß der Gläubiger eine Frist zur Erfüllung noch nicht einmal setzen darf, wenn er seiner Rechte aus der Weigerung nicht verlustig gehen will.
[43]) Z. B. § 14 des Bremer Schlußscheins II von 1927 des Vereins Bremer Futtermittelgroßhändler, § 31 der Handelsbedingungen für Rauhfutter.
[44]) Nach den Rheinisch-westfälischen Handelsgebräuchen binnen 2 Tagen.
[45]) Marienburger Schlußschein von 1928.
[46]) Zusammengestellt von Müllereisert.

sache dürfte darauf zurückzuführen sein, daß die Rechtsprechung des Reichsgerichts dem Gläubiger die Rechte des § 326 seit langem zu geben pflegt und daß deshalb eine besondere Hervorhebung nicht mehr für erforderlich gehalten worden ist.

IV.

Der Begriff und die Voraussetzungen der Erfüllungsverweigerung in der Rechtsprechung.

Unter einer Erfüllungsverweigerung im Sinne der oben dargelegten Rechtsprechung versteht man seit jeher nicht nur die einfache Erklärung des Schuldners, daß er die Leistung verweigere. Es ist vielmehr anerkannt, daß dieser Erfüllungsverweigerung im engeren Sinne eine Reihe anderer Erklärungen des Schuldners gleichgesetzt werden muß. Das wesentliche Merkmal ist, daß der Wille des Schuldners, nicht zu erfüllen, in seinem Verhalten unzweideutig hervortritt[1]). In den Tatbeständen, die den Entscheidungen des Reichsgerichts zugrunde liegen, findet man vielfach die Aeußerung, daß der Vertrag annulliert oder gekündigt werde, daß man vom Vertrage zurücktrete[2]) oder sich vom Vertrage lossage. Oder aber der Vertragsabschluß wird überhaupt bestritten[3]). All diese Fälle stehen der ausdrücklich erklärten Weigerung gleich. Unter besonderen Umständen kann sogar in dem Schweigen des Schuldners eine Erfüllungsverweigerung gesehen werden[4]). Das Gleiche gilt, wenn der Schuldner Handlungen unterläßt, die zur Vorbereitung der rechtzeitigen Erfüllung erforderlich sind. Das Reichsgericht hat einen solchen Fall als gegeben erachtet, als ein Schuldner das Material für die Herstellung der geschuldeten Leistung nicht rechtzeitig beschaffte[5]). Die Erfüllungsverweigerung braucht auch nicht immer in der Verweigerung der Schuldnerpflichten zum Ausdruck zu gelangen, vielmehr kann in einer Annahmeverweigerung gleichzeitig eine Zahlungsverweigerung erblickt werden[6]).

Wenig einheitlich ist die Rechtsprechung in der Frage, ob das Aufstellen unberechtigter Bedingungen einer Weigerung gleichzusetzen ist. Daß diese Möglichkeit an sich besteht, hat das Reichsgericht schon frühzeitig anerkannt[7]). Ein Schuldner hatte auf die Aufforderung zur Lieferung nur erwidert, daß der Gläubiger vorleisten solle. Dieser war hierzu jedoch nicht verpflichtet. Das Reichsgericht hat das Vorleistungsverlangen des Schuldners als eine Erfüllungsverweigerung aufgefaßt. In einer späteren Entscheidung hat das Reichsgericht[8]) allerdings betont, daß der Leistungsverweigerung das Stellen von Bedingungen nur dann gleichzusetzen sei, wenn letzteres einer gänzlichen Aufhebung des Vertrages gleichkomme. Die Bedingung müsse die Erfüllung des Vertrages wesentlich beeinflussen und erschweren oder gar die Erfüllung fast unmöglich machen. Dies sei z. B. dann der Fall, wenn der Schuldner erkläre, eine der Bedingung nicht entsprechende Leistung nicht anzunehmen und nicht

---

1) RG in JW 1910, S. 146.
2) Wird der Rücktritt vom Vertrage nach § 326 BGB erklärt, so sind weitere Anforderungen zu stellen, vgl. RGZ 67/317 unten Anm. 27, S. 22.
3) Es ist grundsätzlich unerheblich, ob und welchen Grund der Schuldner für seine Weigerung angibt und ob der angegebene Grund auf Wahrheit beruht, RG in JurRdsch. 1927, S. 1101.
4) OLG Braunschweig in Seuff.Arch Bd. 61, S. 229. In dem hier entschiedenen Fall hatte ein Vermieter die Instandsetzung der zum 1. Oktober vermieteten Wohnung versprochen. Auf eine schriftliche Anfrage des Mieters vom 2. September, ob der Vermieter die Wohnung bis zum 1. Oktober herrichten könnte, hatte der Vermieter nicht geantwortet, obwohl der Mieter für diesen Fall den Rücktritt vom Vertrag und das Mieten einer anderen Wohnung in Aussicht gestellt hatte. In dem Schweigen des Vermieters erblickte das OLG Braunschweig eine Erfüllungsverweigerung.
5) RGZ 93/287, vgl. ferner Rabel, S. 383.
6) RGZ 53/12.
7) RG in JW 1903 Beil. S. 139.
8) RG in WarnE. 1910 Nr. 50.

zu bezahlen[9]). Ebenso ist nach der Auffassung des Oberlandesgerichts Hamburg[10]) zu entscheiden, wenn der Schuldner nur gegen Barzahlung liefern will, obwohl die Hingabe eines Dreimonatsakzeptes vereinbart ist. In den Gründen des Oberlandesgerichts spielen allerdings die besonderen Kreditverhältnisse nach dem Ausbruch des Weltkrieges eine Rolle. In der Folgezeit hat das Reichsgericht[11]) noch einmal betont, daß besondere Umstände vorliegen müssen, wenn das Aufstellen unberechtigter Bedingungen der Erfüllungsverweigerung gleichwertig erscheinen soll. Bei der Beurteilung solle ein strenger Maßstab angelegt werden und man werde nur ganz ausnahmsweise zu der Gleichsetzung kommen können.

Eine zweifelhafte Frage ist es ferner, ob Streitigkeiten über den Vertragsinhalt als eine Erfüllungsverweigerung des sich im Unrecht befindenden Teils angesehen werden können. Das Reichsoberhandelsgericht hat diese Frage bejaht, das Reichsgericht sie verneint[12]). So hat z. B. das Reichsgericht über folgenden Tatbestand entschieden[13]): Ein Schuldner legt die Vereinbarung, daß die Zahlung „nach jeder Verladung" der Ware zu erfolgen habe, in dem Sinne aus, daß die Zahlung erst nach dem Eintreffen der Ladung fällig werde. In diesem Verhalten des Schuldners hat das Reichsgericht eine endgültige Erfüllungsverweigerung nicht erblicken wollen. Zu dem gleichen Ergebnis ist das Reichsgericht gekommen, als ein Schuldner die ihm nach Treu und Glauben obliegende Mitwirkungspflicht zur Durchführung des Vertrages nicht anerkannt und die Mitwirkung deshalb verweigert hat[14]). Sogar dann ist eine Erfüllungsverweigerung nicht anzunehmen, wenn der Schuldner dem Gläubiger erkennbar Schwierigkeiten bei der Durchführung des Vertrages bereitet oder wenn der Schuldner unberechtigt einen Selbsthilfeverkauf vornimmt[15]).

Die Erfüllungsverweigerung muß zum Ausdruck bringen, daß überhaupt nicht geleistet wird. Weigert sich der Schuldner nur so zu leisten, wie der Gläubiger es verlangt, oder erklärt der Schuldner, die Ware nicht mit den mündlich zugesicherten Erträgnissen und Eigenschaften übergeben zu können, so sind die Voraussetzungen einer Erfüllungsverweigerung nach der Auffassung des Reichsgerichts noch nicht gegeben[16]). Auch eine Erklärung des Schuldners, daß er die Leistung erst nach der Fälligkeit erbringen werde, wird von der Rechtsprechung nicht als Erfüllungsverweigerung angesehen. Die durch eine derartige Erklärung geschaffene Lage soll nur durch die Fristsetzung nach § 326 geklärt werden können[17]).

Eine wichtige Voraussetzung für eine rechtlich beachtliche Erfüllungsverweigerung ist nach der Rechtsprechung, insbesondere des Reichsgerichts, die Ernstlichkeit und Endgültigkeit der Weigerung. Bereits in einer der ersten Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, die sich mit der Erfüllungsverweigerung auseinandersetzen, sind diese Voraussetzungen festgelegt worden. Das Reichsoberhandelsgericht hat indes, wie es scheint, seinerzeit keine hohen Anforderungen an die Ernstlichkeit und Endgültigkeit der Erklärung gestellt. Die Entscheidung führt nur aus, daß der Gläubiger den einmal erklärten Willen des Schuldners (nicht zu erfüllen) als ernstlich und endgültig ansehen dürfe[18]). Die gegenteilige Ansicht führe entweder zu nutzlosen Formalitäten

[9]) Vgl. auch RG in WarnE. 1911 Nr. 13: Bedingungen, die offenbar unberechtigt und willkürlich sind, stehen einer Weigerung gleich. Vgl. ferner RG in LZ 1912, S. 227 Nr. 22.
[10]) Recht 1915 Nr. 1752.
[11]) WarnE. 1918 Nr. 162.
[12]) ROHG Bd. 3, S. 322; RGZ 66/420; RG in JW 1911, S. 711.
[13]) WarnE. 1918 Nr. 162.
[14]) WarnE. 1920 Nr. 193.
[15]) RG in JW 1910, S. 146 und 1928, S. 2637. In dem Tatbestand der ersten Entscheidung hat der Schuldner den unberechtigten Standpunkt vertreten, daß der Gläubiger das verkaufte Geschäft zunächst ohne Aushändigung eines Warenverzeichnisses übernehmen soll. Hierdurch hat der Schuldner die Durchführung des Vertrages überhaupt vereiteln wollen. Dennoch nahm das Reichsgericht eine Erfüllungsverweigerung nicht an.
[16]) RG in LZ 1910 Sp. 684 und in JW 1912, S. 140.
[17]) RGZ 66/430.
[18]) ROHG 3/319.

oder der dem ausgesprochenen Zweck des Gesetzes zuwiderlaufenden Unterstellung, daß die Fristgewährung statt der Nachholung des Versäumten der beliebigen Aenderung deutlicher Willenserklärungen zu dienen bestimmt sei. Das Reichsgericht hat diese Auffassung nicht übernommen. Es ist mehrfach ausdrücklich und grundsätzlich darauf hingewiesen worden, daß wegen der schwerwiegenden Folgen für den Schuldner[19]) strenge Anforderungen an die Ernstlichkeit und Endgültigkeit der Erklärung zu stellen seien. Es könne nicht darauf ankommen, ob der Gläubiger annehmen dürfe, eine Nachfristsetzung führe zu keinem Ziel. Es müßten vielmehr gewichtige tatsächliche Verhältnisse vorliegen, die es bei verständiger Betrachtung als ausgeschlossen erscheinen lassen, daß der Schuldner bei Mahnung und Fristsetzung leiste. Der Wille des Schuldners, seine Verbindlichkeit nicht zu erfüllen, müsse als unumstößlich und unabänderlich erkennbar hervortreten. Solange die Möglichkeit vorhanden sei, durch Mahnung und Fristsetzung den Schuldner umzustimmen, sei der Versuch dazu zu machen. Andererseits bedürfe es keiner besonderen Hartnäckigkeit des bösen Willens des Schuldners[20]). Bei der Beurteilung der Frage, ob diese Voraussetzungen gegeben sind, ist nicht ein einzelner Vorgang maßgebend, sondern es muß das Gesamtverhalten des Schuldners herangezogen werden. Einer an sich klaren Ablehnung der Erfüllung kann die Eigenschaft einer endgültigen Erfüllungsverweigerung unter besonderen Verhältnissen abgesprochen werden. So kann z. B. bei Verhandlungen das Aufgeben der anfänglichen Weigerung oder sogar das Erkennenlassen einer Neigung zu weiteren Verhandlungen die Weigerung nicht als endgültig erscheinen lassen[21]). Auch ein der Weigerung beigefügter Satz „Sobald man wieder Bedarf habe, werde man sich an den Gläubiger wenden und eine Offerte einholen" kann die Endgültigkeit aufheben[22]). Denn aus diesem Zusatz, so führte das Oberlandesgericht Jena als Berufungsgericht nach der angegebenen Entscheidung des Reichsgerichts aus, könne gefolgert werden, daß der Schuldner noch eine Aussicht auf Erfüllung eröffnet habe. Das Reichsgericht hat diese Erwägung als eine tatsächliche nicht beanstandet. Ueberhaupt kann der im Zusammenhang mit einer Weigerung zum Ausdruck gekommene Wunsch zur Fortsetzung der Geschäftsbeziehungen der Weigerung den Charakter der Endgültigkeit nehmen[23]). Einschränkend hat das Reichsgericht jedoch darauf hingewiesen, daß der vorgenannte Satz nur bei reinen Gattungsschulden, nicht aber dann gelten könne, wenn eine bestimmte Ware versprochen und die Lieferung dem Schuldner nicht mehr möglich sei.

Es gilt als eine weitere Voraussetzung der endgültigen Erfüllungsverweigerung, daß sie wohl überlegt erklärt wird. Dies soll z. B. dann nicht der Fall sein, wenn nach einer Reihe von Jahren eine Forderung überraschend geltend gemacht und die Erfüllung darauf schroff abgelehnt wird[24]).

Auch muß die Weigerung unbedingt erklärt werden. So hat das Reichsgericht entschieden, daß eine endgültige Weigerung nicht vorliege, wenn ein Bauunternehmer die Erfüllung des Eisenlieferungsvertrages davon abhängig mache, daß auch die Holzlieferanten ihre Verträge erfüllen[25]).

Bei der Prüfung der Ernstlichkeit und Endgültigkeit der Weigerung dürfen nicht nur die Erklärungen und das sonstige Verhalten des Schuldners herangezogen werden, sondern auch die objektive Sachlage ist wesentlich. So kann es insbesondere von Bedeutung sein, wenn der Schuldner die Mittel

---

19) RG in WarnE. 1918 Nr. 5 meint: damit § 326 Abs. 1 seine Bedeutung nicht ganz einbüße.

20) Vgl. RGZ 90/317, 102/266, 121/130; RG in JurRdsch. 1927 Nr. 1101; RG in JW 1908, S. 5. Vgl. jedoch auch RGZ 93/286; in dieser Entscheidung wurde eine positive Vertragsverletzung angenommen, weil der Gläubiger der Erledigung seiner Bestellung infolge der Weigerung nur mit großer Unsicherheit entgegensehen konnte und dadurch der mit dem Vertrage bezweckte Erfolg, sich die Ware zu sichern, völlig in Frage gestellt wurde.

21) RGZ 90/317, RG in WarnE. 1917 Nr. 238.

22) Vgl. RGZ 102/267.

23) RGZ 104/277.

24) RGZ 121/130, vgl. auch RGZ 66/420; in dieser Entscheidung wird zwischen einer „bloßen Ablehnung" und einer „endgültigen Erfüllungsverweigerung" unterschieden.

25) Recht 1916 Nr. 1475, RG v. 7. 10. 04 aus JW 1908, S. 5.

zur Erfüllung nicht hat und sie sich auch trotz seiner Bemühungen von dritter Seite nicht beschaffen kann. Das Reichsgericht[26]) hat in einem solchen Falle darauf hingewiesen, daß gerade dann die Aenderung des Standpunktes des Schuldners als ausgeschlossen angesehen werden kann.

Eine Besonderheit gilt nach der Auffassung einer Reichsgerichtsentscheidung[27]), wenn der Schuldner auf Grund des § 326 Abs. 1 BGB vom Vertrage zurücktritt, der Rücktritt jedoch aus irgendeinem Grunde unberechtigt ist. Eine solche Rücktrittserklärung, so führt das Reichsgericht aus, enthalte nicht schlechthin eine ernstliche Weigerung der Erfüllung. Mit ihr werde zunächst nur erklärt, daß der Schuldner von seiner noch nicht erfüllten Verbindlichkeit frei sei und sie nicht mehr zu erfüllen brauche. Die Rücktrittserklärung nach § 326 könne jedoch der Ausgang für eine ernstliche Weigerung sein und durch weitere begleitende oder hinzutretende Umstände zu einer ernstlichen Weigerung der Erfüllung werden. Diese liege in einem solchen Falle jedoch nur vor, wenn nach dem unberechtigten Rücktritt erfolglos die Erfüllung verlangt werde oder aber die Rücktrittserklärung die Antwort auf ein berechtigtes Erfüllungsverlangen darstelle.

Gelegentlich hat das Reichsgericht betont, daß die objektive Ernstlichkeit und Endgültigkeit der Weigerung nicht genüge. Es sei vielmehr auch erforderlich, daß der Gläubiger die Weigerung bei verständiger Betrachtung als ernstlich und endgültig ansehen dürfe und sie auch so angesehen habe[28]). Das könne nicht angenommen werden, wenn der Gläubiger selbst den Schuldner noch zur Erfüllung auffordere und ihn vor einer „definitiven" Weigerung warne. Die Ernstlichkeit und Endgültigkeit der Weigerung muß von dem Zeitpunkt der Weigerung aus beurteilt werden, nicht etwa von dem der Klageerhebung. Die Ueberzeugung von der Endgültigkeit der Weigerung muß sich also dem Gläubiger zur Zeit der Weigerung mit zweifelloser Sicherheit aufgedrängt haben[29]). Vorgänge, die höchstens einen Zweifel rechtfertigen, ob der Schuldner bei der künftigen Fälligkeit erfüllen werde, genügen demnach den Anforderungen nicht[30]). In solchen Fällen will aber Hueck[31]) dem Gläubiger das Recht geben, dem Schuldner unter Androhung des Rücktritts eine Frist zu setzen, binnen deren der Schuldner sich zur Weigerung zu erklären habe. Antwortet der Schuldner nicht, so soll seine Weigerung als endgültig gelten[32]).

Soweit in formularmäßigen Geschäftsbedingungen die Erfüllungsverweigerung auftaucht[33]), werden ausdrückliche Anforderungen in der Regel nicht gestellt. Vielfach findet man die Bestimmung, daß die Weigerung schriftlich oder telegraphisch erfolgen müsse, so z. B. in den Einheitsbedingungen des Deutschen Getreidehandels[34]).

Will man in der Erfüllungsverweigerung eine positive Vertragsverletzung erblicken, so ist eine weitere Voraussetzung aufzustellen: der Schuldner muß die Erfüllungsverweigerung zu vertreten haben. Das Reichsgericht hat den Grundsatz aufgestellt, daß derjenige, der sich weigere, dies auf eigene Gefahr tue. Insbesondere soll die bloße Zweifelhaftigkeit einer Rechtsfrage, von deren Beantwortung das Bestehen einer Schuldverbindlichkeit abhängt, den Schuldner nicht berechtigen, die Leistung zu verweigern, selbst wenn die Frage nach der Auffassung des Schuldners in einem ihm günstigen Sinne zu beantworten ist. Dringt die andere Rechtsauffassung durch, so hat der Schuldner die Folgen der Nichtleistung zu vertreten. Ein Abweichen von diesem Grundsatz soll nur aus-

---

[26]) RG in JurRdsch. 1927, Nr. 1101.
[27]) RGZ 67/317.
[28]) RG in JurRdsch. 1927 Nr. 1101 und in Jur. Wochenschrift 1910, S. 12.
[29]) RG in JW 1918, S. 551.
[30]) RG in DRZ 1926 Nr. 562.
[31]) Seite 114.
[32]) Ebenso Heinichen bei Staub Anh. zu § 374 Anm. 86 und 86 a.
[33]) Vgl. hierüber auch S. 18 oben.
[34]) Vgl. Anm. 39 und 40 oben S. 18.

nahmsweise durch die Sachlage gerechtfertigt werden können[35]). Wenn aber bereits Entscheidungen der höchsten Gerichte vorliegen, die der Auffassung des Schuldners ungünstig sind, so ist ein solcher Ausnahmefall niemals gegeben. Auf eine Unkenntnis der betreffenden Entscheidungen kann sich der Schuldner ebensowenig berufen, wie darauf, daß nach seiner Ansicht die Entscheidungen auf den streitigen Fall keine Anwendung hätten finden können[36]). Diese strenge Auffassung des Reichsgerichts wird im Schrifttum nicht allgemein gebilligt[37]). Man fordert, daß nicht nur der Tatsachenirrtum, sondern auch der Rechtsirrtum in gewissem Umfange Berücksichtigung finde. Heymann[38]) hat darauf hingewiesen, daß die Schwierigkeiten der Rechtsanwendung dem Schuldner zugute gehalten werden müssen und zwar unter Umständen auch dann, wenn er rechtskundig sei. Der Schuldner dürfe freilich nicht leichtfertig handeln und müsse bei Rechtsfragen, namentlich wenn wichtige Interessen auf dem Spiele stünden, ein Hilfsmittel benutzen (z. B. Erläuterungsbücher).

Indem er auf die zu vertretende Erfüllungsverweigerung § 325 BGB anwendet, kommt Fritz[39]) dazu, bei einer nicht schuldhaften Erfüllungsverweigerung § 323 Abs. 1 und 3 entsprechend heranzuziehen. Fritz führt dazu aus, daß der Schuldner sich die Folgen des § 323 umso eher zumuten lassen müsse, als die Nichtleistung auf seiner Weigerung, also auf seinem Willen beruhe. Das Gesetz habe dem Schuldner die Rechtsfolgen des § 323 sogar aufgebürdet, wenn die Leistung wegen eines unabhängig von seinem Willen eintretenden Umstandes unmöglich werde. Fritz rechtfertigt die Anwendung des § 323 Abs. 1 u. 3 auch damit, daß so der notwendige Ausgleich für die schwierige Lage des Gläubigers geschaffen werde, die bei Zweifeln des Gläubigers über das Verschulden des Schuldners entstehe. Der Gläubiger habe dann auf jeden Fall das Recht, von seiner Verpflichtung zur Gegenleistung loszukommen.

Die Voraussetzungen, unter denen das Reichsgericht in der Erfüllungsverweigerung eine positive Vertragsverletzung sieht, erschöpfen sich aber nicht in Anforderungen an die Person des Schuldners. Der Gläubiger muß in erster Linie selbst zur Erfüllung bereit und fähig sein. Dies ist feststehende Rechtsprechung und auch im Schrifttum anerkannt[40]). Der Gläubiger kann Rechte aus einer Erfüllungsverweigerung des Schuldners weiter nur dann herleiten, wenn er auch im übrigen vertragstreu ist[41]). Dies folgt im Grunde daraus, daß eine positive Vertragsverletzung des Schuldners nur gegeben ist, wenn dem Gläubiger auf Grund des Verhaltens des Schuldners die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses nicht mehr zugemutet werden kann. Ein bisher nicht vertragstreuer Gläubiger muß nach der Auffassung des Reichsgerichts seine Bereitschaft zur Vertragstreue dem Schuldner erklären und zunächst auch alles tun, was von seiner Seite nach den allgemeinen Rechtsgrundsätzen nötig ist, um die Folgen seiner Vertragsverletzung zu beseitigen. In der Regel wird der Gläubiger eine seinerseits begangene Vertragsverletzung tatsächlich wieder gutmachen müssen. Eine Ausnahme hiervon wird nur dann gelten können, wenn der Schuldner sich auch für den Fall einer tatsächlichen Wiedergutmachung weigert oder wenn sich aus den Verhältnissen ergibt, daß der Schuldner sich ohne Rücksicht auf die Vertragsverletzung des Gläubigers endgültig weigert. Richtet also z. B. ein Gläubiger unbegründete Zumutungen an den Schuldner und verweigert dieser darauf die Erfüllung, so ist keineswegs ohne weiteres ein Schadensersatzanspruch des Gläubigers gegeben[42]).

---

35) Vgl. RGZ 92/379; RG in Recht 1924, Nr. 1113; ferner RGZ 96/313. Nach dieser Entscheidung ist ein Verschulden nicht gegeben, wenn der Gläubiger die unrichtige Rechtsauffassung (über die Formgültigkeit eines Vertrages) während eines langen Geschäftsverkehrs nie beanstandet, sondern selbst geteilt hat.

36) RGZ 105 359; vgl. auch die Entsch. d. Reichsgerichts im 110. Bd., S. 435 und 118. Bd., S. 131, in denen Ausnahmefälle angenommen wurden.

37) Vgl. die Angaben bei Staudinger-Werner § 285, 1 b; Fritz, S. 216.

38) S. 149.

39) S. 217.

40) RG in JW 1925 S. 606 und 1748.

41) RGZ 67/319; RG in LZ 1918, Sp. 444; RGZ 149/403.

42) RG in Recht 1924 Nr. 1113 und insbesondere RG 149/404.

V.

Die Stellungnahme der Wissenschaft.

Kurz nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches wurde die Ansicht vertreten, daß einer Erfüllungsverweigerung jede rechtliche Folge abzusprechen sei. Der Gläubiger wurde auf Mahnung und Fristsetzung verwiesen[1]). Dieser Auffassung steht in ihrem rechtlichen Aufbau Stoll[2]) neuerdings wieder sehr nahe. Stoll geht davon aus, daß nur bei einem Wegfall des Erfüllungsinteresses dem Gläubiger die Rechte des § 326 ohne vorherige Fristsetzung gegeben werden dürfen, nicht dagegen bei einer bloßen Gefährdung. Im letzteren Falle sei die Erreichung des Vertragszieles noch möglich und für den Gläubiger von Belang. Auch bei einer ernsthaften Weigerung vor der Fälligkeit sei das Erfüllungsinteresse des Gläubigers nicht immer fortgefallen. Das lehre § 283 BGB. Trotz der hartnäckigen Weigerung, die es sogar bis zum Urteil habe kommen lassen, fordere das Gesetz eine Fristsetzung, die nur dann in Wegfall komme, wenn der Gläubiger das Interesse verloren habe[3]). Dieses sei in § 283 nicht auszusprechen gewesen, weil der Gläubiger sein Interesse durch die Klage deutlich genug bewiesen habe. Folglich sei auch bei einer endgültigen Weigerung eine Fristsetzung notwendig, wenn der Gläubiger nicht beweise, daß sein Interesse fortgefallen sei. Eine Fristsetzung bei bloßer Interessengefährdung sei auch nicht etwa sinnlos, wie die Praxis meine, sondern sie zeige dem Schuldner noch einmal den ganzen Ernst seiner Lage. Stoll meint, daß die Praxis mit diesem Ergebnis auch im wesentlichen übereinstimme, sie begründe es jedoch damit, daß die Weigerung nicht ernstlich und endgültig ausgesprochen sei.

Es ist Stoll freilich zuzugeben, daß bei einer endgültigen Weigerung das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung nicht immer ausgeschlossen wird. Aber gerade dann erweist sich die Annahme Stolls, daß die Praxis mit seiner Auffassung im Ergebnis übereinstimme, als ungerechtfertigt. Denn Stoll setzt die wirklich endgültige Erfüllungsverweigerung, wie sie die Praxis sieht, in der Wirkung doch dem Interessefortfall gleich. § 283 kann nicht herangezogen werden, um zu beweisen, daß auch im Falle der Erfüllungsverweigerung eine Frist erforderlich ist. Wenn der Schuldner es bis zum Urteil kommen läßt, so ist darin nicht immer eine Weigerung zu erblicken. Möglicherweise gibt sich der Schuldner die größte Mühe, die Leistung zu erbringen. Er ist aber nicht dazu in der Lage. Verweigert der Schuldner die Leistung, so wird auch die Frist des § 283 überflüssig, wie es das Reichsgericht wiederholt entschieden hat[4]). Mit der Auffassung Stolls ist insbesondere deshalb nicht geholfen, weil ihr zufolge der Gläubiger die Fälligkeit abwarten und Verzug herbeiführen muß. Dies Ergebnis wird der durch die Weigerung entstandenen Sachlage in der Regel nicht gerecht werden, wie noch darzulegen sein wird.

Ebenso wie Stoll nimmt auch Heinrich Lehmann[5]) an, daß zur sofortigen Geltendmachung der Rechte aus § 326 eine bloße Gefährdung des Gläubigerinteresses nicht genüge, daß vielmehr unbedingt der Fortfall des Interesses erforderlich sei. Anderenfalls würde die entsprechende Anwendung des § 326 zur reinen Willkür ausarten[6]). Infolge der Erfüllungsverweigerung falle keineswegs immer das Interesse an der Vertragserfüllung fort. Lehmann meint, daß das Reichsgericht bei seiner Verzichttheorie bleiben müsse, wenn es die Rechte aus § 326 sofort gewähren wolle. Dies lasse sich nur mit der Annahme recht-

---

1) Vgl. oben S. 8.
2) Abschied von der Lehre der positiven Vertragsverletzungen AcP Bd. 136 S. 307.
3) § 326 Abs. 2.
4) Vgl. Werner bei Staudinger § 283 Anm. I 3 c.
5) AcP Bd. 96 S. 112.
6) Zustimmend Fritz AcP Bd. 134 S. 202, der darauf hinweist, daß die Analogie zu § 326 grundsätzlich verfehlt sei und in Wahrheit nicht weiter helfen könne.

fertigen, daß die Weigerung als positive Vertragsverletzung Verzug begründe und zugleich einen Verzicht auf die Frist enthalte.

Auch Zitelmann[7]) hält im Falle vorheriger Erfüllungsverweigerung eine Mahnung für erforderlich. Er entnimmt dies jedoch einer Analogie zum Annahmeverzug. Nach § 295 BGB werde durch die vorherige Erklärung des Gläubigers, daß er die Leistung nicht annehmen werde, das wenigstens mündliche Angebot durch den Schuldner nicht überflüssig. Zitelmann vertritt nun die Auffassung, daß die Annahmeverweigerung sich zum Angebot ebenso verhalte wie die Erfüllungsverweigerung zur Mahnung. Es wird dem noch hinzugefügt, daß es auch nur verständig sei, dem Gläubiger trotz der Weigerung aufzuerlegen, durch eine weitere Mahnung dem Schuldner die schwerwiegenden Folgen seines Entschlusses vor Augen zu führen. Es bleibe eine Sinnesänderung zu erhoffen. Die Forderung Zitelmanns nach der Mahnung ist jedoch insofern nicht verständlich, als Zitelmann eine Mahnung für überflüssig erklärt, wenn der Schuldner seine Leistung selbst ankündigt. In diesem Fall soll die Mahnung nicht wegen einer billigen Rücksichtnahme auf die Interessen des Schuldners erforderlich sein. Die Mahnung stellt aber eine Erleichterung der Rechtsstellung des Schuldners dar. Nach der Auffassung Zitelmanns wird also der sich weigernde Schuldner, d.h. der vertragsverletzende Teil, besser gestellt als der vertragstreue Teil, der sich selbst zur Erfüllung bereit erklärt[8]).

Eine weitere Sonderstellung nimmt Siber[9]) ein. Im Gegensatz zu der Auffassung Plancks in der 3. Auflage des Kommentars wird zunächst eine Mahnung für nicht erforderlich erklärt. Die Mahnung sei nur für notwendig gehalten worden, um dem Schuldner vor Augen zu führen, daß der Gläubiger sich bei seiner Weigerung nicht beruhige. Hierzu bedürfe es jedoch nicht einer Mahnung im Sinne des § 284 BGB. Es genüge vielmehr eine formlose Mitteilung des Gläubigers, daß er auf der Erfüllung bestehe. Dies sei wohl immer erforderlich, um das Interesse des Schuldners wahrzunehmen.

Andererseits will aber Siber dem Gläubiger die Rechte aus § 326 nur geben, wenn sie sich unmittelbar aus dem Gesetz ableiten lassen. Eine positive Vertragsverletzung rechtfertige nur einen Schadensersatzanspruch. Siber hält deshalb auch bei der Erfüllungsverweigerung eine Fristsetzung für erforderlich, wenn der Gläubiger ein Rücktrittsrecht oder einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend machen will. Die Fristsetzung könne nicht etwa aus den Gründen in Fortfall kommen, aus denen die Mahnung für entbehrlich erklärt worden sei. Durch die Mahnung solle die Forderung vollfällig gemacht werden. Der Zweck der Fristsetzung aber sei es, unter Abwägung der beiderseitigen Interessenlagen den sofortigen Eintritt der Folgen des § 326, die über die gewöhnlichen Verzugswirkungen weit hinausgingen, nicht als unnötige Härte gegen den Schuldner erscheinen zu lassen. Aus diesem Grunde dürfen die Rechte des § 326 erst nach der Fristsetzung zur Ueberlegung gegeben werden, denn eine Sinnesänderung sei auch nach der ernsthaftesten Weigerung möglich. Weiter sei auch ein wenigstens indirekter Hinweis auf den Umfang der Rechtsfolgen vorzusehen, da sie der Schuldner regelmäßig nicht so genau kenne.

Die Anwendung des § 326 bei einer Weigerung vor der Fälligkeit wird ebenfalls von Förtsch[10]) abgelehnt, da wegen der mangelnden Fälligkeit die Voraussetzungen der Bestimmung nicht gegeben seien. Förtsch und später auch Krückmann[11]) gehen einen Mittelweg, indem sie dem Gläubiger das Recht geben, auf Grund der Weigerung den Vertrag auch schon vor der Fälligkeit aufzulösen. Dieses Recht des Gläubigers wird von Förtsch damit begründet, daß nach der Verkehrssitte mit der Zustimmung des Gläubigers zu der unberech-

[7]) Selbstmahnung S. 289.

[8]) Auf dem Standpunkt, daß Mahnung erforderlich sei, steht unter ausdrücklicher Ablehnung der Reichsgerichtsentscheidung im 57. Bd. S. 106 weiterhin Remmelé in Recht 1912 S. 573. Auch der Fortfall der Fristsetzung könne nur bei unmittelbarer Anwendung des § 326 gerechtfertigt werden.

[9]) Bei Planck § 284, 6 c β und § 326, 2 d.

[10]) LZ 1909 S. 801.

[11]) AcP Bd. 116 S. 245 und 370.

tigten Rücktrittserklärung (oder sonstigen Weigerung) ein Vertrag zustande gekommen sei, der den früheren aufhebe. Krückmann meint, daß mit der Lehre von den positiven Vertragsverletzungen insbesondere bei einer Weigerung vor der Fälligkeit nicht geholfen werden könne, denn vor der Fälligkeit sei noch gar nichts verletzt[12]). Gegenüber einem unberechtigten Sichlossagen vom Vertrage könne dem Gläubiger keine Vertragstreue zugemutet werden. Niemand dürfe sich mit seinen eigenen ernstlichen Willenserklärungen in Widerspruch setzen. Es sei also gegenüber dem Schuldner die exceptio doli gegeben, wenn er trotz seiner Weigerung den Gläubiger am Vertrage festhalten wolle[13]).

Ebenfalls unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben und der Nichtzumutbarkeit behandelt Werner[14]) die Erfüllungsverweigerung. Er weist auf den aus § 242 BGB abgeleiteten Rechtsgedanken hin, der das Rücktrittsrecht und den ausgedehnteren Schadensersatzanspruch bei schweren positiven Vertragsverletzungen in Wahrheit rechtfertige. Nach der Auffassung Werners macht die unbedingte Weigerung des Schuldners die Mahnung nach Treu und Glauben überflüssig. Der Verzug trete jedoch erst mit der Fälligkeit der Forderung ein. Darüber hinaus aber sei die Erfüllungsverweigerung eine positive Vertragsverletzung, die, auf § 276 aufbauend, dem Gläubiger die Rechte aus § 326 gebe, ohne ihm seinen Erfüllungsanspruch zu nehmen. Die Vertragsverletzung, die durch eine Erfüllungsverweigerung begangen werde, sei so schwerwiegend, daß es dem Gläubiger nicht mehr zugemutet werden könne, am Vertrage festzuhalten. Der Schuldner sei deshalb auch nicht zum Verlangen einer Nachfrist berechtigt.

Die Auffassung Werners wird in der später erschienenen Auflage des Kommentars von Düringer-Hachenburg[15]) dahin ergänzt, daß es sich nur von Fall zu Fall entscheiden lasse, ob die Interessen des vertragstreuen Teils die sofortige Lösung des Vertragsverhältnisses rechtfertigen. In der Regel werde dies nur dann zu bejahen sein, wenn der Gläubiger sich genötigt sehe, sich anderweit einzudecken. Deshalb werde z. B. bei Grundstücksgeschäften eine Erfüllungsverweigerung regelmäßig nicht die Rechte aus § 326 ohne Mahnung und Fristsetzung geben[16]).

Heinichen[17]) will einer sofortigen Gewährung der Rechte des § 326 nur unter außergewöhnlichen Umständen zustimmen, nämlich nur, wenn der Gläubiger ein besonderes Interesse an sofortiger Klärung und Geltendmachung der Rechte aus § 326 nachweist. Dann könne der Schuldner die Erfüllung auch nicht mehr bis zur Fälligkeit nachholen. Sei in einem solchen Falle der Vertragszweck ernstlich gefährdet, so liege eine positive Vertragsverletzung vor, die sofort zur entsprechenden Anwendung des § 326 führe. Unter gewöhnlichen Umständen müsse der Gläubiger jedoch die Entwicklung der Dinge bis zur Fälligkeit abwarten. Er könne wohl schon vor der Fälligkeit erklären, welche Rechte er geltend machen werde, wenn der Schuldner seine Weigerung bis zur Fälligkeit aufrecht erhalte. Jedenfalls könne der Schuldner die Weigerung bis zur Fälligkeit noch widerrufen. Ein etwa schon vorgenommener Deckungskauf gehe dann auf Gefahr des Gläubigers. Wenn aber bei Fälligkeit der Schuldner seine Weigerung in bestimmter und endgültiger Weise aufrecht erhalte, so bedürfe es keiner Mahnung und Fristsetzung mehr. Zur Begründung beruft sich Heinichen auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts, die in der Weigerung einen Verzicht auf die Mahnung und die Fristsetzung erblickt.

Wird die Erfüllungsverweigerung mit einer gewissen Grundsätzlichkeit und Beharrlichkeit erklärt, so erblickt Oertmann in ihr einen Vertragsbruch, der von der positiven Vertragsverletzung unterschieden werden soll[18]). Bei einem

---

[12]) S. 246.
[13]) Ebenso im Anschluß an Krückmann auch Fritz AcP Bd. 134 S. 212.
[14]) Bei Staudinger § 284, Anm. A II 2c und § 326 Anm. B II 2.
[15]) Bd. 4 Allg. Einltg. Anm. 385.
[16]) Vgl. RGZ 63/103 und dazu oben S. 13.
[17]) Bei Staub Bd. 4, Anhang zu § 374 Anm. 86 bis 86 b.
[18]) § 284 Anm. 3 f und § 326 Anm. 4 b β.

Vertragsbruch stehe dem Gläubiger ohne weiteres sofort das Recht zu, vom Vertrag zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Wenn der Schuldner trotz seiner Weigerung den Gläubiger am Vertrage festhalten wolle, so sei dies eine unwirksame reservatio mentalis. Oertmann verlangt, daß der Gläubiger seinen Rücktritt oder sein Ersatzbegehren dem Schuldner ohne ungebührliche Verzögerung mitteile.

Mit einer grundsätzlich anderen Begründung kommt Fritz[19]) zu denselben Ergebnissen wie die neuere Rechtsprechung des Reichsgerichts. Er vertritt die Auffassung, daß bei einer Weigerung vor der Fälligkeit § 326 auch nicht entsprechend angewendet werden könne, da zwischen beiden Tatbeständen in gar keinem Punkte eine Rechtsähnlichkeit bestehe[20]). Bei der Untersuchung des Unterschiedes zwischen § 325 und § 326 kommt Fritz zu dem Ergebnis, daß im Falle des § 325 eine Frist offenbar nur deshalb für überflüssig angesehen worden sei, weil ihre Gewährung von vornherein erfolglos sein müsse. Dieser Gesichtspunkt treffe aber auch bei einer ernstlichen und endgültigen Erfüllungsverweigerung zu. Die Weigerung sei deshalb eher ein Fall der endgültigen Nichtleistung als ein Fall der vorläufigen Nichtleistung, die in § 326 geregelt sei. Es müsse deshalb bei der Erfüllungsverweigerung § 325 angewendet werden. Es sei unerheblich, ob der Grund der Nichtleistung im Nichtkönnen oder Nichtwollen des Schuldners zu suchen sei. Da durch die Weigerung ein Fall der endgültigen Nichtleistung geschaffen werde, könne der Schuldner nach seiner Weigerung auch nicht mehr erfüllen. Der Schuldner sei in dieselbe Lage gekommen, in der sich der Gläubiger nach der Fristsetzung des § 326 befinde. Wenn der Gläubiger hier eine Erfüllung nicht mehr verlangen könne, so dürfe es dort der Schuldner erst recht nicht.

Am weitesten zugunsten des Gläubigers geht wohl die Auffassung Huecks[21]). Sie sieht in der Weigerung eine positive Vertragsverletzung und wendet sich insbesondere dagegen, daß dem Gläubiger nur unter außergewöhnlichen Umständen und bei Nachweis eines besonderen Interesses ein Rücktrittsrecht zu gewähren sei. Bei positiven Vertragsverletzungen sei vielmehr das Interesse des Gläubigers an der weiteren Erfüllung nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Es genüge die Gefährdung des Vertragszwecks und diese könne auch vor der Fälligkeit verursacht werden. Deshalb brauche der Gläubiger auch nicht bis zur Fälligkeit zu warten, um die Rechte aus § 326 geltend zu machen. Es erscheine auch praktisch durchaus erforderlich, dem Gläubiger das Rücktrittsrecht oder den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung zu geben. Der Gläubiger könne es nicht darauf ankommen lassen, bei Eintritt der Fälligkeit ohne Ware zu sein. Dies zu vermeiden, liege auch im Interesse des ersatzpflichtigen Schuldners.

VI.

Die Rechtsprechung und das Schrifttum im österreichischen und im ausländischen Recht.

Die Beurteilung der Erfüllungsverweigerung im österreichischen und im ausländischen Recht ist infolge der verschiedenen rechtlichen Systeme wenig einheitlich. Abgesehen von der skandinavischen Auffassung ist man sich im allgemeinen ebenso wie im deutschen Recht nur darüber einig, daß der Erfüllungsanspruch des Gläubigers durch die Weigerung grundsätzlich unberührt bleibt.

Bei der Erörterung des Problems im Rahmen des österreichischen Allg. BGB geht man von § 918 aus: Wenn ein entgeltlicher Vertrag von dem

19) AcP Bd. 134 S. 197 ff.
20) S. 208.
21) S. 112.

einen Teil entweder nicht zur gehörigen Zeit, am gehörigen Ort oder auf die bedungene Weise erfüllt wird, kann der andere Teil entweder erfüllen und Schadensersatz wegen der Verspätung begehren oder unter Setzung einer angemessenen Frist zur Nachholung den Rücktritt vom Vertrage erklären. Nach allgemeiner Meinung[1]) ist es jedoch Voraussetzung für die Ausübung dieser Rechte, daß eine „Verzögerung" der Leistung (Verzug) gegeben ist. Eine Verzögerung liegt nur vor, wenn der Schuldner bei Fälligkeit nicht leistet und entweder der Fälligkeitstag durch Gesetz oder Vertrag bestimmt ist oder aber eine Mahnung durch den Gläubiger erfolgt ist. Tritt der Gläubiger vom Vertrage zurück, so steht ihm nach § 921 Allg. BGB ein Anspruch auf Ersatz des durch eine verschuldete Nichterfüllung verursachten Schadens zu.

Auf der Grundlage dieser Bestimmungen nimmt Pisko[2]) an, daß die Erfüllungsverweigerung den Gläubiger lediglich von einer etwaigen Nachfristsetzung befreie. Ein Unterschied zwischen einer Weigerung vor und nach der Fälligkeit wird nicht gemacht. Der Gläubiger ist also, falls die Leistung vor der Fälligkeit bereits verweigert wird, darauf angewiesen, bis zur Fälligkeit zu warten und den Schuldner unter Umständen sogar zu mahnen. Einen Widerruf der Weigerung und eine spätere Erfüllung muß der Gläubiger sich demnach bis zum Verzuge gefallen lassen. Im Anschluß an die im übrigen Deutschland entwickelte Lehre weist Pisko darauf hin, daß die Nachfrist nur dann in Wegfall kommen könne, wenn die Weigerung offensichtlich ernst und endgültig erklärt werde. Die Umstände müssen es als ausgeschlossen erscheinen lassen, daß der Schuldner die Frist zu dem Zwecke benutzen wolle, dem sie dienen solle, nämlich der Nachholung der Erfüllung. In einem solchen Fall sei eine Fristsetzung eine zwecklose Formalität und könne deshalb unterbleiben. Pisko lehnt ausdrücklich die frühere Rechtsprechung ab, nach der jede Erfüllungsverweigerung den Gläubiger von der Nachfristsetzung befreite. Diese Auffassung habe der rechtlichen Grundlage entbehrt und man habe sie nur mit der Annahme stützen können, daß in der Weigerung ein Verzicht auf die Nachfrist enthalten sei. Ein solcher Verzicht sei an sich wohl möglich, aber es sei willkürlich, ihn in der Erfüllungsverweigerung zu erblicken. — Im Anschluß an die frühere Rechtsprechung wird auch jetzt noch die Meinung vertreten[3]), daß in der ernstlichen und endgültigen Verweigerung der Erfüllung ein Verzicht auf die Nachfrist liege. Jedoch dürfe der Gläubiger regelmäßig einen Verzicht auf die Nachfrist nicht voraussetzen. Es könne nicht ohne weiteres angenommen werden, so sagt man, daß die Weigerung endgültig sei. Es komme oft vor, daß ein Schuldner den Versuch mache, sich seinen Pflichten zu entziehen, schließlich aber doch einlenke. Dazu solle ihm durch die Nachfrist Gelegenheit gegeben werden.

Der in der übrigen deutschen Lehre entwickelte Begriff der positiven Vertragsverletzung wird von Pisko[4]) ausdrücklich abgelehnt. Er meint, daß die Vorstellung einer Vertragsverletzung, die weder in einer Verzögerung noch in einer Vereitelung der Erfüllung bestehe, schlechthin denkunmöglich sei. Man rechne unter dem Begriff der positiven Vertragsverletzungen auch nur noch die Verletzung von Nebenpflichten. Zu den Vertragspflichten gehören aber nicht nur die Hauptpflichten, sondern auch die mehr oder weniger deutlich zum Ausdruck gekommenen Nebenpflichten. Es sei deshalb auch eine Verzögerung oder Vereitelung der Erfüllung, wenn eine der Nebenpflichten nicht oder nicht rechtzeitig erfüllt werde. Von einer Verletzung der Vertragspflichten könne man aber nicht reden, wenn der Schuldner mit Unrecht die Erfüllung in irgendeiner Form verweigere. Eine Nebenpflicht zur Unterlassung einer derartigen Erklärung könne nicht begründet werden. Eine Handlung, die den Vertragszweck gefährde, sei aus diesem Grunde noch nicht eine Vertragsverletzung.

---

[1]) Vgl. Pisko bei Klang § 918 Anm. A I 3.
[2]) Bei Klang § 918 Anm. A II 1 b β.
[3]) Ehrenzweig § 320 a II 1; Mayr § 345, Fußnote 17.
[4]) Bei Klang Vorbem. zu §§ 918 bis 921, B II.

Von Mayr[5]) wird dagegen die Erfüllungsverweigerung als eine Schuldverletzung bezeichnet, die der positiven Vertragsverletzung gleichgestellt werden müsse. Sie gibt dem Gläubiger auf Grund des § 1295 Allg. BGB einen Anspruch auf Schadensersatz, wenn Verschulden vorliegt. Aber selbst ohne diese Voraussetzung soll der Gläubiger auf Grund der Vertragsverletzung wenigstens vom Vertrage zurücktreten können.[6])

Mit den streitigen Fragen hat sich insbesondere auch die englische Rechtswissenschaft eingehend beschäftigt. Nach den Angaben Pollocks[7]) hat die Rechtsprechung erst von der Mitte des 19. Jahrhunderts an der Erfüllungsverweigerung eine ausgesprochen vertragsverletzende Wirkung beigemessen. Vorher erhielt der Gläubiger auf Grund der Weigerung nur das Recht, den Vertrag aufzulösen. Ein Schadensersatzanspruch konnte jedoch nicht geltend gemacht werden. Wollte der Gläubiger sich diese Möglichkeit erhalten, so mußte er ohne Rücksicht auf die Weigerung den Eintritt der Fälligkeit abwarten. Der Gläubiger war bei dieser Wahl jedoch gezwungen, auch seinerseits die Leistung bis zur Fälligkeit bereitzuhalten. Erst seit einer im Jahre 1853 gefällten Entscheidung der Queens Bench wird die Erfüllungsverweigerung vor der Fälligkeit als Vertragsbruch behandelt. Man geht davon aus, daß der Gläubiger vom Vertragsabschluß bis zur Fälligkeit ein Recht darauf habe, daß der Vertrag als bestehend und wirksam betrachtet werde. Es sei die Möglichkeit vorhanden, daß der Gläubiger seine vertraglich erworbenen Rechte bereits auf verschiedenen Wegen zu seinem Vorteil benutzt habe. Von diesen Vorteilen aber werde der Gläubiger durch die Weigerung ausgeschlossen. Pollock[8]) weist darauf hin, daß der wahre Grund für die Rechte des Gläubigers die Angemessenheit des Ergebnisses sei[9]).

Diese Rechtsprechung ist bis in die heutige Zeit hinein aufrecht erhalten worden. Auf Grund der Weigerung kann der Gläubiger sofort den Vertrag als widerrechtlich beendet ansehen und vor allem Schadensersatz verlangen. Wenn der Gläubiger dieses Recht geltend machen will, muß er es dem Schuldner gegenüber klar und endgültig zu erkennen geben. Der Gläubiger muß also die Weigerung des Schuldners auch als Vertragsbruch behandeln. Erst damit sind seine Rechte aus der Weigerung entstanden[10]). Der Gläubiger selbst wird bei einem gegenseitigen Vertrag von seiner Leistung befreit.

Ebenso wie im deutschen Recht kann der Gläubiger auch auf der Erfüllung des Vertrages bestehen, soweit ihm das englische Recht überhaupt einen klagbaren Anspruch auf Erfüllung gibt. Auf Grund der oben angegebenen Entscheidungen[11]) muß angenommen werden, daß der Gläubiger einen Erfüllungsanspruch weiterhin verfolgen kann, auch wenn er auf die Weigerung nichts unternimmt. Dagegen verlangt Allen[12]), daß der Gläubiger dem Schuldner gegenüber bestimmt und deutlich zu erkennen gibt, falls er auf der Erfüllung des Vertrages trotz der Weigerung bestehen will. Alsdann stehen Gläubiger und Schuldner nach der herrschenden Lehre so, als ob eine Weigerung garnicht erfolgt sei. Der Gläubiger muß die Fälligkeit abwarten und hat erst später unter Umständen die Rechte, die sich aus einer Nichterfüllung des Vertrages ergeben, in der Regel also nur einen Schadensersatzanspruch[13]). Der Gläubiger kann demnach wie in der deutschen Lehre nicht mehr auf die Erfüllungsverweigerung zurückkommen.

---

5) § 345 Anm. 1.
6) Vgl. Mayr, Ehrenzweig a. a. O.
7) S. 269.
8) S. 269.
9) Vgl. Hochster v. De la Tour, 1853; Frost v. Knight 1872, wiedergegeben bei Schirrmeister S. 149; Allen S. 188.
10) Johnstone v. Milling in Mews' Digest S. 968.
11) Vgl. oben Anm. 9 und 10.
12) S. 191.
13) Vgl. Schirrmeister, Vorbemerkungen zu § 271; § 273 Anm. 3; ferner Pollock S. 268.

Die Anforderungen, die die englischen Gerichte an die Weigerung selbst stellen, sind verschieden. So hat zur Annahme eines Vertragsbruchs bereits die einfache Erklärung genügt, der Vertrag werde nicht erfüllt werden[14]). In anderen Fällen hat man eine ausdrückliche, unumschränkte und unbedingte Weigerungserklärung gefordert[15]). Auch von Prochownik[16]) wird die Meinung vertreten, daß eine Weigerung nur dann beachtet werden kann, wenn sie in unzweideutiger Form und ohne Einschränkung erfolgt. Dabei steht der ausdrücklichen Weigerung ein Verhalten des Schuldners gleich, aus dem sich deutlich sein Wille ergibt, den Vertrag nicht zu erfüllen. Muß dieser Wille vernünftigerweise aus dem Verhalten des Schuldners entnommen werden, so kommt es auf den wahren Willen des Schuldners nicht mehr an[17]). Einer Weigerung wird es auch gleich geachtet, wenn der Schuldner sich selbst zur Erfüllung außerstande setzt[18]). Die englische Lehre verlangt, daß die Weigerung sich auf die Hauptverbindlichkeit des Vertrages beziehe[19]). Bei Successivlieferungsverträgen kann auf die Verweigerung einer Leistung der Gläubiger den ganzen Vertrag als aufgehoben betrachten[20]).

Auch in der englischen Lehre kann nur die unberechtigte Erfüllungsverweigerung dem Gläubiger besondere Rechte geben. Vertragsverletzungen des Gläubigers selbst rechtfertigen die Erfüllungsverweigerung aber nur dann, wenn sie kausal für die Weigerung gewesen sind. So kann sich der Schuldner auf eine erst nach der Weigerung entdeckte Vertragsverletzung des Gläubigers keineswegs zu seiner Entschuldigung berufen, selbst wenn die Vertragsverletzung bereits vor der Weigerung begangen worden sein sollte und den Schuldner zu der Weigerung berechtigt haben würde[21]). Diese Rechtsprechung entspricht der deutschen Auffassung, daß bei einer Ausübung der Rechte aus § 326 die Veranlassung für dieses Vorgehen angegeben werden muß. Rechtfertigen die bezeichneten Tatsachen nicht den Rücktritt oder den Ersatzanspruch, so können andere Gründe nicht nachträglich herangezogen werden. Daß nach englischer Auffassung die Weigerung selbst noch keine rechtsgestaltende Wirkung hat, ergibt sich daraus, daß der Schuldner durch eine vor der Fälligkeit eintretende zufällige Unmöglichkeit frei wird. Der Schuldner ist dann weder zur Erfüllung noch zum Schadensersatz verpflichtet. Diese Befreiung ist aber nicht mehr möglich, wenn der Gläubiger auf Grund der Weigerung bereits Schadenersatz gefordert hat. Denn durch diese Erklärung wird der Vertrag aufgehoben. Verlangt der Gläubiger trotz der Weigerung die Erfüllung des Vertrages, so ist die Rechtslage auch hinsichtlich der zufälligen Unmöglichkeit so, als ob eine Weigerung nicht erfolgt sei[22]).

Die Auffassungen der englischen Rechtsprechung haben sich im allgemeinen auch in den Vereinigten Staaten von Nordamerika und in Kanada durchgesetzt[23]). Die englische Lehre hat jedoch auch Gegner gefunden und zwar sind es, wie Williston meint, gerade einige der besten Gerichtshöfe, die abweichende Auffassungen vertreten haben. In einer Anzahl von Bezirken sei die Frage noch offen. Williston selbst lehnt den in England entwickelten Schadensersatzanspruch ab. Weil der Gläubiger seine Rechte nur durch die Annahme der Weigerung (acceptance of the repudiation) erhalte, beruhe der Schadensersatzanspruch im Grunde nur auf einem durch Angebot und Annahme zustande gekommenen Vertrag. Die Annahme eines solchen Vertrages auf Schadensersatz sei indes eine Unterstellung, die nicht in jedem Falle gerecht-

[14]) Hochster v. De la Tour, wiedergegeben bei Schirrmeister Anm. zu § 272 (dazu schon oben Anm. 9) und in Mews' Digest S. 965.
[15]) Wilkinson v. Verity, Frost v. Knight in Mews' Digest S. 963.
[16]) Bei Schirrmeister § 272 Anm.
[17]) Forsling v. Bechelly-Crundall, 1922, in Mews' Digest S. 968.
[18]) Allen S. 190, Schirrmeister § 272.
[19]) Rhymney Ry. v. Brecon and Merthyr Tydfil Junction Ry, Mews' Digest S. 969.
[20]) Roper v. Johnstone in Mews' Digest S. 963.
[21]) Braithwaite v. Foreign Harwood Co., 1905 bei Allen S. 189/90.
[22]) Avery v. Bowden, 1855, bei Allen S. 191, ferner Rabel, S. 384.
[23]) Vgl. Williston §§ 584 ff.

fertigt werden könne. Daß jedoch wenigstens unter besonderen Umständen eine Möglichkeit vorhanden sein müsse, die Erfüllungsverweigerung als einen Vertragsbruch zu behandeln, wird auch von Williston eingeräumt[24]). Er meint, daß es nur nicht sicher sei, in welchen Fällen der Gläubiger das Recht auf sofortige Klage erhalten solle. Man müsse ein solches Recht offenbar ablehnen, wenn bei einem Warenverkauf auf Kredit der Käufer vor Beendigung der Laufzeit des eingeräumten Kredits erkläre, nicht zu zahlen. In einem derartigen Falle müsse der Gläubiger mit seiner Zahlungsklage bis zur Fälligkeit warten.

Nach der Auffassung der amerikanischen Gerichte kann sich der Gläubiger auch dann noch auf die Weigerung berufen, wenn er zunächst auf seinem Erfüllungsanspruch bestanden hat. Williston[25]) meint dazu, es sei nichts natürlicher, als daß sich der Gläubiger nach einer Weigerung zunächst an den Schuldner wende, um ihn zur Erfüllung zu bewegen. Es sei aber unbefriedigend, wenn der Gläubiger dann trotz der Gefahr, daß der Schuldner nicht erfülle, seine eigene Leistung zugunsten des vertragsuntreuen Teils erbringen müsse. Die Rechtsprechung will darum die Weigerung wenigstens als eine Entschuldigung für den Gläubiger gelten lassen, wenn der Gläubiger nicht erfüllt oder nicht bereit und willens zur Erfüllung ist. Allerdings hat der Schuldner die Möglichkeit, die Weigerung zu widerrufen. Ist dies geschehen, so kann auch der Gläubiger sich auf die Weigerung als Entschuldigung für seine eigene Nichterfüllung nicht mehr berufen[26]). Williston[27]) gibt dem Gläubiger auf Grund der Weigerung schlechthin das Recht, seinerseits die Erfüllung des Vertrages zu verweigern. Denn der Gläubiger dürfe vermuten, daß die Annahme seiner Leistung abgelehnt werde. Der Gläubiger brauche also keine Vorbereitungen für seine Erfüllung zu treffen. Der Verkäufer könne sogar auf Rechnung eines die Zahlung verweigernden Käufers die Ware weiter verkaufen.

Die Höhe des Schadensersatzes kann nach der ständigen amerikanischen Rechtsprechung immer nur nach dem Zeitpunkt der Fälligkeit berechnet werden. Ist dies nicht möglich, so muß der Schaden geschätzt werden. Denn man könne es nicht rechtfertigen, wie ausgeführt wird, daß durch die Weigerung die Lieferzeiten praktisch vorverlegt werden[28]).

Ganz ähnlich wie im englischen Recht gibt man auch im skandinavischen Kaufrecht dem Gläubiger allgemein das Recht, den Vertrag als aufgehoben zu betrachten, wenn der Schuldner bestimmt die Leistung verweigert[29]). Die Weigerung kann auch in der Erklärung des Schuldners gefunden werden, der Vertrag sei nicht zustande gekommen oder er — der Schuldner — betrachte sich wegen eines angeblichen Vertragsbruchs des Gläubigers nicht mehr als an den Vertrag gebunden. Man behandelt die Erfüllungsverweigerung aber im Gegensatz zur englischen Lehre mehr unter dem Gesichtspunkt des Verzuges. Man spricht von einem antizipierten Verzug. Der Gläubiger kann einen Deckungskauf oder einen Selbsthilfeverkauf vornehmen, ohne die Fälligkeit abzuwarten. Der vertragsuntreue Teil hat nicht das Recht, dem anderen die Erfüllung noch aufzudrängen. Bestritten ist, ob der Gläubiger diese Rechte ohne weiteres durch die Weigerung des Schuldners erhält oder ob es hierzu erst noch einer Art Annahme der Weigerung durch den Gläubiger bedarf. Alménn[30]) lehnt das Erfordernis einer Erklärung seitens des Gläubigers ab, soweit es sich um die Aufhebung des Vertrages und den Anspruch auf Schadensersatz handelt. Wenn der Gläubiger trotz der Weigerung auf der Erfüllung des Vertrages bestehen wolle, müsse er ohne begründeten Aufenthalt gegen

[24]) § 585 b.
[25]) § 585 d.
[26]) Vgl. Williston § 585 e.
[27]) § 586.
[28]) Williston § 587.
[29]) Alménn S. 252 u. S. 448.
[30]) S. 411.

die Weigerung des Schuldners protestieren. Unterlasse der Gläubiger dies, so verliere er den Anspruch auf die Erfüllung. Almén begründet diese Auffassung mit einem Hinweis auf die Gefahr, daß der Gläubiger anderenfalls auf Kosten des Schuldners spekuliere.

Im Gegensatz zu der deutschen Auffassung wird der Tatbestand des antizipierten Verzuges auch durch die Erklärung des Schuldners geschaffen, daß er nicht rechtzeitig erfüllen könne[31]). Allerdings stellt die Lehre diesen Fall nicht mit der gänzlichen Erfüllungsverweigerung gleich. Denn der Gläubiger habe berechtigten Grund zu der Annahme, daß der Schuldner gutwillig erfüllen werde. Deshalb fordert Almén in einem solchen Falle, daß der Gläubiger den Schuldner alsbald benachrichtige, wenn er den Vertrag aufheben wolle. Der Gläubiger könne sich aber auch auf die Mitteilung beschränken, daß er sich wegen der zu ergreifenden Maßnahmen nicht sofort entschließen könne. Aeußere der Gläubiger sich garnicht, so verliere er seine Rechte aus der Ankündigung der Erfüllungsverzögerung. Das Recht auf Schadensersatz wegen eines späteren Verzuges soll der Gläubiger allerdings behalten, wenn er den Schuldner von der Geltendmachung dieses Anspruchs ordnungsgemäß benachrichtigt.

In der französischen Wissenschaft nimmt die Erörterung der Fragen, die mit der Erfüllungsverweigerung in Zusammenhang stehen, keinen bedeutenden Raum ein. Die Weigerung wird bei den Vorschriften über den Verzug erörtert, der grundsätzlich Voraussetzung für einen Schadensersatzanspruch des Gläubigers ist[32]). In einer Reihe von Fällen wird der Schadensersatzanspruch jedoch auch ohne Verzug gegeben, so z. B., wenn beide Parteien die Aufhebung des Vertrages wünschen, wenn die Mahnung vertraglich ausgeschlossen ist oder wenn die Leistungszeit fest bestimmt ist. Man sagt, es sei in diesen Fällen sicher, daß das Inverzugsetzen unnütz sei. Unter diesem Gesichtspunkt erfordere der Schadensersatzanspruch auch bei einer Erfüllungsverweigerung des Schuldners keinen Verzug[33]). Will der Gläubiger bei gegenseitigen Verträgen die Auflösung des Vertrages herbeiführen und hiernach Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, so ist er eigentlich nach Art. 1184 Code civil auf die Auflösungsklage angewiesen, muß also einen äußerst umständlichen Weg gehen. Auch in dieser Hinsicht wird jedoch in letzter Zeit der Standpunkt vertreten, daß der Gläubiger von der Notwendigkeit der Klage entbunden werden müsse, wenn die Erfüllung verweigert worden sei[34]).

Im Schweizer Recht hat der Gläubiger bei einem gegenseitigen Vertrag dem im Verzug befindlichen Schuldner grundsätzlich noch eine angemessene Frist zu setzen, wenn er vom Vertrage zurücktreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern will. Von dem Erfordernis der Fristsetzung sind im Gesetz jedoch Ausnahmen vorgesehen, so u. a. nach Artikel 108 Ziffer 1 des Schweizer Obligationenrechtes, wenn aus dem Verhalten des Schuldners hervorgeht, daß die Frist sich als unnütz erweisen wird. Hierher zählt man allgemein auch den Fall vorheriger Erfüllungsverweigerung. Die Weigerung muß jedoch ernstlich und entschieden erfolgen. In entsprechender Anwendung des Artikel 108 Ziffer 1 soll auch die Mahnung fortfallen, wenn sie unnütz sein würde, d. h. wenn feststeht, daß der Schuldner trotz der Mahnung nicht erfüllen wird[35]). Im Falle der Erfüllungsverweigerung will man aber die Mahnung nicht für überflüssig erklären. Zur Begründung wird angeführt, daß der Schuldner seine Weigerung zurücknehmen könne. Er sei vor der Fälligkeit noch nicht zu einer Aussprache verpflichtet gewesen. Als spätester Zeitpunkt für die Rücknahme der Weigerung wird teils der Zeitpunkt der Fälligkeit[36]), teils sogar der des Ver-

[31]) Almén S. 410 Anm. 41.
[32]) Code civil Art. 1146.
[33]) Demogue Nr. 249, Planiol-Ripert Nr. 426 und 828.
[34]) Vgl. die Angaben bei Planiol-Ripert Nr. 428, Anm. 2.
[35]) Oser, Art. 102 Anm. 15; v. Tuhr § 72 IV 4.
[36]) v. Tuhr § 72 Anm. 53.

zuges angegeben[37]). Neuerdings wird von Guhl[38]) das auf die Möglichkeit des Weigerungswiderrufs gegründete Bedenken fallen gelassen und in entsprechender Anwendung des Artikels 108 Ziffer 1 auch die Mahnung bei einer Weigerung vor der Fälligkeit für überflüssig erklärt.

Daß der Gläubiger in jedem Fall auf Grund der Weigerung einen Schadensersatzanspruch erhalten könne, ist nicht allgemein anerkannt. Oser[39]) begründet einen Ersatzanspruch mit dem Hinweis auf die deutsche Lehre von den positiven Vertragsverletzungen, die auch im Schweizer Recht Anwendung finden müsse. Von Tuhr lehnt diese Lehre dagegen für das Schweizer Recht ab. In einer vorherigen Erfüllungsverweigerung liege nur eine Gefährdung des Vertrages, die dem Gläubiger nach Art. 108 Ziffer 1 wohl das Rücktrittsrecht gewähre. Eine Pflichtverletzung des Schuldners sei jedoch nicht vorhanden[40]).

In den Entwürfen eines bürgerlichen Gesetzbuches für Ungarn wird der Erfüllungsverweigerung ausdrücklich gedacht. Der Entwurf aus dem Jahre 1914 behandelt in § 920 die Weigerung wie einen Fall von Unmöglichkeit der Leistung. Bei verschuldeter Weigerung hat der Gläubiger das Recht, zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen[41]). Hat dagegen der Schuldner die Erfüllungsverweigerung nicht zu vertreten, so verliert er nur sein Recht auf die Gegenleistung des Gläubigers[42]). Dieser kann aber in jedem Falle auch auf der Erfüllung des Vertrages bestehen. Bei einem Successivlieferungsvertrag soll der Gläubiger die angeführten Rechte nur hinsichtlich der betroffenen Teilleistung erhalten, es sei denn, daß der Gläubiger infolge der Erfüllungsverweigerung das Interesse an den späteren Leistungen verloren hat oder daß begründeterweise eine Wiederholung der Pflichtverletzung zu befürchten ist. Demgegenüber bringt der Entwurf aus dem Jahre 1928 wesentliche Aenderungen[43]). Zwar wird der Grundsatz beibehalten, daß die Erfüllungsverweigerung der Unmöglichkeit gleichzustellen sei. Die Regelung wird aber auf den Fall beschränkt, daß der Schuldner die bereits fällige Leistung verweigert. Nun werden aber die Rechte aus der Unmöglichkeit dem Gläubiger auch dann gegeben, wenn der Schuldner „seine Verpflichtungen derart verletzt, daß hierdurch die Leistung für den Gläubiger ihr Interesse verliert." Infolgedessen fragt sich: Will der Entwurf von 1928 die vorzeitige Erfüllungsverweigerung als nicht vertragsverletzend ansehen und beschränkt er deshalb die ausdrückliche Regelung auf die Verweigerung der fälligen Leistung? Oder gibt die Verweigerung der noch nicht fälligen Leistung als Pflichtverletzung dem Gläubiger die mit der Leistungsunmöglichkeit verbundenen Rechte wenigstens dann, wenn er infolge der Weigerung das Interesse an der Leistung verliert? Diese letztere Auslegung verdient wegen ihres vernünftigeren Ergebnisses wohl den Vorzug. Neu in dem Entwurf von 1928 ist in Anlehnung an die Rechtsprechung die ausdrückliche Forderung, daß die Weigerung bestimmt erfolgen müsse. Auch kann der Gläubiger seine Rechte aus der Verweigerung nicht mehr ausüben, wenn der Schuldner seine Leistung, ehe sich der Gläubiger geäußert hat, wieder anbietet, seine Weigerung also widerruft.

Die verschiedene Regelung der Erfüllungsverweigerung in den einzelnen europäischen Rechten ist vergleichend in dem Werk Rabel's „Das Recht des Warenkaufs"[44]) dargestellt. Rabel lehnt die in Rechtsprechung und Wissenschaft der einzelnen Länder bisher angestellten grundsätzlichen Erwägungen ab. Auch die in der deutschen Lehre gefundenen Lösungen seien unzureichend, wenn

---

[37]) Oser, Art. 108 Anm. 3.
[38]) § 32 II b.
[39]) Vorbem. 17 zu Art. 97—109.
[40]) Vgl. § 68 Anm. 83.
[41]) § 918 des Entwurfes von 1914.
[42]) § 916 des Entwurfes von 1914.
[43]) Vgl. §§ 1148, 1145, 1147 des Entwurfes von 1928.
[44]) 1. Band, S. 382 ff., vgl. ferner Blomeyer, Schuldverhältnis, F 5 c α S. 339.

man die Erfüllungsverweigerung unabhängig von dem System des Bürgerlichen Gesetzbuchs betrachte. In der Erfüllungsverweigerung liege eine einseitige Erklärung oder ein dieser gleichwertiges Verhalten des Schuldners, das er gegen sich gelten lassen müsse. Die Grundidee des englischen estoppel[45]) gebe den Ausschlag. Die einseitige Erklärung des Schuldners werde durch die einseitige Erklärung des Gläubigers gebunden.

Aus diesen Gedanken heraus und im übrigen unter dem Einfluß der deutschen und englischen Rechtsprechung ist in Art. 101 des Entwurfes eines einheitlichen Kaufgesetzes[46]) folgende Regelung vorgeschlagen worden. Der vertragstreue Teil kann den Vertrag schon dann aufheben, wenn der andere vor der Fälligkeit kundgibt, daß er den Vertrag nicht erfüllen wird. Dabei bedarf es nach den Bemerkungen Rabels zu dem Entwurf[47]), die sich mit dem englischen Vorbilde decken, keiner ausdrücklichen Erklärung des Schuldners, sondern es entscheidet sein gesamtes Verhalten. Im Gegensatz zur deutschen wie auch zur englischen Rechtsprechung kann der Gläubiger sein Recht aus der Erfüllungsverweigerung jedoch nur unverzüglich geltend machen. Zögert der Gläubiger mit seiner Erklärung, so soll der Vertrag unverändert fortbestehen. Löst der Gläubiger den Vertrag auf, so hat er einen Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung. Um Spekulationen auf Kosten des Schuldners zu verhindern, ist in Art. 40 des Entwurfes festgelegt, daß im Falle einer abstrakten Schadensberechnung bei Waren mit laufendem Preis der Tag der Fälligkeit entscheidend ist. Ist eine Lieferzeit nicht festgelegt, so ist der Tag maßgebend, an dem der Gläubiger zur Aufhebung des Vertrages berechtigt war.

[45]) Das englische estoppel entspricht etwa der deutschen Unzulässigkeit, sich mit seinem eigenen Handeln in Widerspruch zu setzen. Vgl. Riezler S. 55 ff.
[46]) Aufgestellt von dem Internationalen Institut für die Vereinheitlichung des Privatrechts, Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht, Band 9, S. 8 ff. (1935)
[47]) Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht, Band 9, S. 78 f.

VII.

Die Erfüllungsverweigerung als Vertragsantrag und Pflichtverletzung.

Das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch enthält keine Regelung der unberechtigten Erfüllungsverweigerung, die für das ganze Schuldrecht Geltung besäße. Auch können unmittelbare Schlüsse aus den bestehenden Vorschriften nicht gezogen werden. Es gibt im Rechte des Werkvertrages eine vereinzelte Bestimmung, in der von den Folgen einer Weigerung gesprochen wird: § 634 BGB. Der Besteller hat bei einem Mangel des Werkes ein Recht auf Wandlung oder Minderung nur nach Bestimmung einer Frist, nach deren ergebnislosem Ablauf der Anspruch auf Beseitigung des Mangels erlischt. Der Bestimmung dieser Frist bedarf es jedoch nicht, wenn die Beseitigung des Mangels unmöglich ist, von dem Unternehmer verweigert wird oder wenn die sofortige Geltendmachung des Anspruchs auf Wandlung oder Minderung durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wird.

Ueber die Bedeutung des § 634 für die Erfüllungsverweigerung hat Erler[1]) folgende Auffassung vertreten: Aus der ausdrücklichen Regelung der Weigerung in § 634 Abs. 2 ergebe sich, daß der Gesetzgeber der Erfüllungsverweigerung in anderen Fällen keine Rechtsfolgen habe beilegen wollen. Dieser Folgerung ist von Niedner[2]) alsbald widersprochen worden. Er hat darauf hingewiesen, daß die in § 634 erwähnte Weigerung nach § 633 Abs. 2 Satz 2 berechtigt sein könne

[1]) Recht 1901 S. 421, vgl. ferner oben S. 8.
[2]) DJZ 1901 S. 443; vgl. ferner oben S. 8.

und daß die Hervorhebung der Weigerung in § 634 Abs. 2 deshalb einen besonderen Sinn habe. Diese Regelung könne also bei der Beurteilung der gewöhnlichen Erfüllungsverweigerung nicht herangezogen werden. Auch das Reichsgericht[3]) hat frühzeitig zu der Frage Stellung genommen, ob § 634 bei der Lösung des Problems der Erfüllungsverweigerung herangezogen werden kann. Das Reichsgericht hat dies abgelehnt, da aus der speziell für den Werkvertrag gegebenen Bestimmung des § 634 nicht ein allgemeiner, im Gesetz nicht zum Ausdruck gekommener Grundsatz entnommen werden könne[4]). Diese Auffassung ist allgemein anerkannt worden. Die Bestimmung ist indessen eine Bestätigung eines vom Reichsgericht in seiner Rechtsprechung schon wiederholt vorgetragenen Satzes: Das Gesetz verlangt keine zwecklosen Erklärungen; es sollen insbesondere keine Fristen gesetzt werden, deren Gewährung von vornherein als erfolglos angesehen werden muß, die dem Berechtigten zugunsten des vertragsuntreuen Teils wertvolle Zeit rauben und ihn somit an der Durchführung seiner weiteren Maßnahmen hindern. Für den Fristfortfall in § 634 Abs. 2 genügt es sogar schon, wenn die Weigerung den ergebnislosen Ablauf der Frist vermuten läßt. Denn das Gesetz fordert nicht, daß die Weigerung ernstlich und endgültig erklärt wird. Eine gewisse Entschiedenheit der Weigerung wird man allerdings verlangen müssen[5]). Alles in Allem kann man sagen, daß die Sonderregelung in § 634 Abs. 2 die Fristsetzung unter leichteren Voraussetzungen für entbehrlich erklärt als es die allgemeine Regelung in § 326 tut. Das Rücktrittsrecht ebenso wie der Schadensersatzanspruch sind nach den §§ 325/326 von einer Frist nicht abhängig, wenn Unmöglichkeit oder ein Wegfall des Erfüllungsinteresses vorliegen. Nach der Rechtsprechung bedarf es ferner keiner Fristsetzung bei einer Weigerung des Schuldners. Die Regelung in § 634 verlangt für die Entbehrlichkeit der Frist einmal Unmöglichkeit wie in § 325, sie begnügt sich aber andererseits schon mit einem „besonderen Interesse" des Gläubigers, ein Begriff, an den keineswegs so hohe Anforderungen zu stellen sind wie an den Begriff des Interessenwegfalls in § 326 Abs. 2. Sowohl in § 326 wie auch in § 634 soll dem Schuldner durch die Fristsetzung noch eine Gelegenheit gegeben werden, das Versäumte nachzuholen. In beiden Fällen geht mit dem fruchtlosen Ablauf der Frist der geltend gemachte Anspruch des Gläubigers verloren und an seine Stelle treten Ersatzansprüche. Die Fristen der §§ 326 und 634 haben also in ihrem Wesen eine starke Aehnlichkeit. Wenn nun auch § 634 keine Verwendung bei der Aufstellung eines allgemeinen Grundsatzes für das ganze Schuldrecht finden kann, so muß doch festgehalten werden, daß im Gesetz eine Fristsetzung, die etwa der des § 326 entspricht, unter keineswegs schwerwiegenden Voraussetzungen für entbehrlich befunden wird.

Erklärt ein Schuldner vor der Fälligkeit, daß er die Leistung nicht erbringen werde, so steht nur eines mit Sicherheit fest: Der Gläubiger behält ungeachtet der Weigerung seinen Erfüllungsanspruch in vollem Umfang. Der Schuldner kann durch seine einseitige Erklärung den Anspruch nicht beseitigen oder einschränken. Andererseits wird der Anspruch auch nicht etwa vorzeitig fällig. Er bleibt materiell von der Weigerung vollkommen unbeeinflußt. Diese Tatsache wird im allgemeinen den Bedürfnissen der Praxis auch gerecht[6]). Hinzuweisen ist auf eine prozessuale Folge der Weigerung, die in aller Regel eintreten wird. Der Gläubiger kann auf Grund der Weigerung eine Feststellungsklage oder Klage auf künftige Leistung nach § 259 ZPO erheben. Der Klageantrag kann jedoch immer nur auf Leistung bei Fälligkeit lauten.

Hiermit können aber die Rechte des Gläubigers aus der Erfüllungsverweigerung des Schuldners nicht erschöpft sein.

---

[3]) Bd. 51 S. 350.
[4]) Ebenso auch Fritz (AcP. Bd. 134 S. 215), der bemerkt, daß § 634 Abs. 2 ein wertvoller Hinweis für die von ihm vertretene Ansicht sei, nach der die Erfüllungsverweigerung der Unmöglichkeit gleichgestellt werden müsse.
[5]) RG in WarnE. 1919 Nr. 159.
[6]) Vgl. jedoch oben S. 18, Anm. 41 (Ausnahmebestimmung des Bremer Schlußscheins).

Eine Erfüllungsverweigerung kann einmal darauf zurückzuführen sein, daß der Schuldner nicht erfüllen *will*. Es kann aber auch sein, daß der Schuldner nicht erfüllen *kann*. In beiden Fällen wird dem Schuldner in der Regel nicht unterstellt werden dürfen, daß er durch seine Weigerung den Verzicht auf irgendeinen rechtlichen Vorteil habe aussprechen wollen. Es kann insoweit der früher vielfach vom Reichsgericht vertretenen Auffassung nicht zugestimmt werden[7]). Wenn der Schuldner sich bereits vor der Fälligkeit zu einer Weigerung entschließt, wird er dies fast immer in der Absicht tun, eine möglichst rasche Klärung der Sach- und Rechtslage herbeizuführen und zwar entweder durch seine Weigerung selbst oder durch die Stellungnahme des Gläubigers.

Wenn die Weigerung des Schuldners darauf zurückgeht, daß er nicht erfüllen *will*, bringt er in seiner Weigerung auch zum Ausdruck, daß eine Aufhebung des Vertrages seinen Wünschen entsprechen würde. Eine solche Aufhebung des Vertrages kann nach der Auffassung des Schuldners durchaus im Bereich des Möglichen liegen. Denn auch der Gläubiger könnte in der Zwischenzeit aus irgendwelchen Gründen seine Meinung über die Nützlichkeit des Vertrages geändert haben und deshalb ebenfalls an einer Aufhebung interessiert sein. Weiterhin ist es möglich, daß der Gläubiger gerade wegen der Weigerung eine Durchführung des Vertrages nicht mehr für zweckmäßig hält. Wenn aber der Vertrag durch eine neue Vereinbarung der Parteien aufgehoben wird, sind sowohl der Schuldner wie auch der Gläubiger der Notwendigkeit überhoben, die Berechtigung der Erfüllungsverweigerung weiter zu erörtern und darüber zu streiten. An einer solchen Erledigung wird der Schuldner in der Regel sogar in erster Linie ein Interesse haben. Dementsprechend kann der Gläubiger die Weigerung des Schuldners dahin auslegen, daß in ihr wenigstens gleichzeitig ein Angebot zur Aufhebung des Vertrages enthalten ist.

Sollte eine derartige Auslegung der Weigerung im Einzelfalle nicht möglich erscheinen, so wird gleichwohl der Gläubiger zu schützen sein, wenn er auf Grund der Weigerung den Vertrag als aufgehoben erklärt. Denn der Schuldner, der in einem solchen Fall den Gläubiger später an der Erfüllung des Vertrages festhalten will, setzt sich mit seinem eigenen Verhalten in Widerspruch und verstößt deshalb gegen Treu und Glauben.

Die gleichen Grundsätze müssen gelten, wenn der Schuldner erklärt, nicht erfüllen zu *können*. Gerade in diesen Fällen wird der Schuldner zum Ausdruck bringen wollen, daß er eine Aufhebung des Vertrages wünscht. Dies wird meist sogar der einzige Zweck der Weigerung sein. Gelegentlich mag hinzukommen, daß der Schuldner eine Vergrößerung des entstehenden Schadens vermeiden will.

Der Gläubiger kann demnach in jeder Erfüllungsverweigerung ein Angebot des Schuldners erblicken, den Vertrag durch eine neue Vereinbarung aufzuheben[8]). Der Gläubiger hat nicht zu untersuchen, weshalb der Schuldner die Erfüllung verweigert. Es wird nur darauf zu achten sein, daß die Weigerung die Erfüllung schlechthin erfaßt. Erklärt der Schuldner lediglich, unter anderen Bedingungen oder nur teilweise erfüllen zu wollen, so wird der Gläubiger die Weigerung als ein entsprechendes Abänderungsangebot auslegen können.

Insoweit die Weigerung als ein Vertragsangebot angesehen wird, muß sie den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über das Vertragsangebot unterworfen werden. Die wichtigste Folge dürfte sein, daß der Gläubiger auch eine solche Weigerung als Angebot auslegen darf, die nicht den Anforderungen des Reichsgerichts im Hinblick auf die Ernstlichkeit und Endgültigkeit der Erklärung entspricht. Ein Fehlen der Ernstlichkeit würde nach § 118 BGB nur Berücksichtigung finden können, wenn die Weigerung in der verständigen Erwartung erklärt wird, daß das Fehlen nicht verkannt werde. Die Voraussetzung einer Endgültigkeit ist dem Recht des Vertragsangebots fremd. Weiterhin kann der Gläubiger das in der Weigerung liegende Angebot nur nach

[7]) Vgl. oben S. 10 f.

[8]) So auch die herrschende Meinung im Schrifttum; vgl. Siber bei Planck § 326 Anm. 2 d, 2. Abs.; Krückmann AcP. Bd. 116 S. 245 und 370; Förtsch LZ 1909 S. 801.

Maßgabe der §§ 146 ff. annehmen[9]), d. h. unter Anwesenden sofort, unter Abwesenden innerhalb der Frist, in der der Schuldner den Eingang der Erklärung des Gläubigers unter regelmäßigen Umständen erwarten darf. Geht innerhalb dieser Fristen eine Erklärung des Gläubigers nicht ein, so ist der Schuldner an das Angebot, das in der Weigerung liegt, nicht länger gebunden. Eine spätere Zustimmungserklärung des Gläubigers zur Aufhebung des Vertrages würde sich als ein neues Angebot darstellen, das nunmehr der Annahme durch den Schuldner bedürfte. Von Erheblichkeit kann die Anwendung des § 151 BGB sein. Unter Umständen wird in dem Schweigen des Gläubigers eine Zustimmung zur Aufhebung des Vertrages zu erblicken sein[10]). Endlich wird auch ein Mangel des Verschuldens bei der Erfüllungsverweigerung in der Regel keine Bedeutung für die Auslegung als Vertragsantrag haben können. Der häufigste Fall dürfte ein Tatsachen- oder Rechtsirrtum sein, auf Grund dessen die Weigerung erklärt wird. Ein derartiger Irrtum ist aber als Motivirrtum unbeachtlich. Ist dagegen der Schuldner zum Beispiel zur Zeit der Weigerung geschäftsunfähig, so liegt auch ein wirksamer Vertragsantrag nicht vor.

Die Möglichkeit, von seinen Verpflichtungen durch einen Aufhebungsvertrag loszukommen, wird für den Gläubiger insbesondere dann von Erheblichkeit sein, wenn Zweifel über die Endgültigkeit der Weigerung oder über das Verschulden bestehen. Ferner wird es der Gläubiger oft begrüßen, wenn er von der vertraglichen Bindung an einen möglicherweise uninteressierten Schuldner loszukommen vermag.

Erklärt der Gläubiger seine Zustimmung zu der Aufhebung des Vertrages in der einen oder anderen Form, so ist der Vertrag endgültig erloschen. Ein weiteres Erfüllungsverlangen des Gläubigers ist ausgeschlossen[11]). Auch ein Anspruch auf Schadensersatz ist nicht gegeben. Entschließen sich die Parteien, die alten vertraglichen Vereinbarungen aufrecht zu erhalten, so liegt ein neuer Vertrag vor. Auch in diesem Falle ist es dem Gläubiger also nicht möglich, aus der früheren Weigerung Rechte herzuleiten.

Erblickt man in der Erfüllungsverweigerung einen Vertragsantrag, so bleibt noch immer die Frage offen, ob die Weigerung vor der Fälligkeit außerdem eine Verletzung der Vertragspflichten darstellt und ob der Gläubiger aus dieser Pflichtverletzung irgendwelche Rechte, insbesondere einen Anspruch auf Schadensersatz, herleiten kann. Um diese Frage beantworten zu können, bedarf es eines Eingehens auf den Zweck des Vertrages.

Durch einen Vertrag wird der Schuldner verpflichtet, die übernommene Leistung zu erbringen. Eine unmittelbare Folge dieser Pflicht ist es, daß der Schuldner solche Handlungen nicht vornehmen darf, die in irgendeiner Form seine Fähigkeit zur Leistung beeinträchtigen oder aufheben. In demselben Rahmen ist der Schuldner auch zu Unterlassungen verpflichtet. Die bloße unberechtigte Erklärung des Schuldners, daß er nicht erfüllen werde, führt jedoch — in welcher äußeren Form sie auch abgegeben werden mag — eine Beeinträchtigung seiner Verpflichtung zur Leistung und erst recht eine Aufhebung nicht herbei. Die Leistung des Schuldners wird weder unmöglich noch wird notwendigerweise der Zeitpunkt der Leistung verändert. Der Gläubiger behält seinen Anspruch in vollem Umfang. Insoweit ist also eine Verletzung der Pflichten des Schuldners nicht festzustellen.

Eine Leistung wird grundsätzlich mit ihrer Entstehung fällig. Wenn die Parteien vereinbaren, daß die Fälligkeit erst in einem späteren Zeitpunkt eintreten soll, oder wenn sich die spätere Fälligkeit aus den Umständen ergibt, so wird allein durch die Tatsache, daß Vertragsabschluß und Fälligkeit zeitlich auseinanderfallen, der Vertragszweck erweitert. Kauft oder mietet z. B. jemand

[9]) a. A. Foertsch (LZ 1909 S. 802): Die Erklärung des Gläubigers, durch die der Vertrag aufgehoben wird, soll nach Treu und Glauben so lange erfolgen können, als der Schuldner auf seiner Rücktrittserklärung beharrt.

[10]) Ebenso im Ergebnis Oertmann § 326 Anm. 4 b β, 6. Abs.; Siber bei Planck § 284 Anm. 6 c β.

[11]) Vgl. Staudinger-Werner § 326 Anm. B I 3 a bb. A. A. RGZ 63/103; vgl. oben S. 16.

eine Sache, die erst nach dem Ablauf einer bestimmten Zeit übergeben werden soll, so will er durch den Vertragsabschluß nicht nur einen Rechtsanspruch begründen, sondern er will darüber hinaus sicherstellen, daß der Verkäufer oder der Vermieter die übernommene Leistung freiwillig erbringen wird. Diese Bereitschaft des Schuldners zur Erfüllung ist für den Gläubiger von erheblichem Wert. Denn eine zwangsweise Durchsetzung des Anspruchs wird meist längere Zeit erfordern. Der Zeitpunkt der Fälligkeit wird überschritten werden. Oft wird auch die Vollstreckung zu keinem greifbaren Ergebnis führen. Aber bereits die Notwendigkeit einer Klageerhebung schädigt den Gläubiger, sie erfordert einen Aufwand von Zeit und Arbeitskraft, der durch eine Erstattung der Prozeßkosten in aller Regel nicht ausgeglichen wird. Auf den Nichteintritt solcher Eventualitäten setzt der Gläubiger bei Vertragsabschluß seine berechtigte Hoffnung. In der Gewißheit, die Leistung bei Fälligkeit zu erhalten, sieht der Gläubiger von einer anderweiten vertraglichen Bindung und von der Ergreifung weiterer Maßnahmen ab. Es ist also der Zweck eines Vertrages, dessen Leistungen erst später fällig werden, die Erfüllung durch den Schuldner im Zeitpunkt der Fälligkeit nicht nur rechtlich sondern auch tatsächlich sicherzustellen. Die Bedeutung einer derartigen Sicherstellung wird naturgemäß im Einzelfall verschieden sein. Besonders klar tritt sie bei dem sogenannten Fixgeschäft in Erscheinung. Es wäre aber unzutreffend, wenn man den dargelegten Vertragszweck auf die Fälle des Fixgeschäftes beschränken wollte. Man würde den tatsächlichen Verhältnissen nicht gerecht werden.

Eine tatsächliche Sicherstellung der Erfüllung ist durch den Vertrag nicht erfolgt oder sie ist wieder fortgefallen, wenn der Schuldner den Willen zur freiwilligen Vertragserfüllung entweder nie gehabt oder ihn vor dem Eintritt der Fälligkeit wieder aufgegeben hat. An derartige innere Vorgänge in der Person des Schuldners können jedoch Rechtsfolgen nicht geknüpft werden[12]). Es bedarf vielmehr einer Aeußerung, in der die Einstellung des Schuldners anderen Personen erkennbar wird. Eine solche Aeußerung liegt vor, wenn der Schuldner die Erfüllung vor der Fälligkeit verweigert oder in sonstiger Weise zu erkennen gibt, daß er nicht erfüllen will. Kommt der Gläubiger bei einer Treu und Glauben entsprechenden Auslegung der Weigerung zu dem Ergebnis, daß der Schuldner bestimmt nicht erfüllen wird, so ist der Vertragszweck, soweit er auf rechtzeitige tatsächliche Erfüllung geht, vereitelt oder wenigstens gefährdet. Hierin liegt eine Pflichtverletzung des Schuldners. Der Erfüllungsanspruch des Gläubigers ist in seinem wirtschaftlichen Wert herabgesetzt. Denn der Gläubiger hat nunmehr damit zu rechnen, daß er den Schuldner zur Erfüllung zwingen muß. Die Ursache der Wertminderung zu Ungunsten des Gläubigers ist die Weigerung des Schuldners.

Die eigentliche Pflichtverletzung des Schuldners liegt aber in seiner inneren Einstellung zur Vertragserfüllung. Das kommt auch in dem Ergebnis einer Entscheidung des Reichsgerichts im 93. Bande Seite 287 zum Ausdruck. Danach ist der ausdrücklichen Erfüllungsverweigerung ein Verhalten des Schuldners gleichzusetzen, aus dem sich sein Wille zur Nichterfüllung des Vertrages deutlich ergibt. Dieser Grundsatz ist ferner in der englischen Rechtsprechung und in der skandinavischen Lehre entwickelt worden[13]).

Die Einstellung des Schuldners gegenüber der Erfüllung des Vertrages kann nur dann von Bedeutung sein, wenn die Erfüllung selbst noch möglich ist und dementsprechend ein Erfüllungsanspruch besteht. Eine Erfüllungsverweigerung kann somit keine rechtlichen Wirkungen haben, wenn der Erfüllungsanspruch bereits vor der Weigerung wegen Unmöglichwerdens (nachfolgende Unmöglichkeit der Leistung oder nachfolgendes Unvermögen des Schuldners) nach § 275 BGB untergegangen ist. Es ist in diesen Fällen unerheblich, aus welchem Grunde die Weigerung ausgesprochen wird, ob also insbesondere der Schuldner

[12]) Vgl. RG in JW 1910, S. 146; ferner OLG Braunschweig in SeuffArch. Bd. 61, S. 229, oben S. 19 Anm. 4.
[13]) Vgl. Rabel, S. 383.

erklärt, nicht erfüllen zu wollen. Eine Ausnahme wird man jedoch machen müssen, wenn der Schuldner durch seine Weigerung den Eindruck aufrecht erhält, daß die Erfüllung noch möglich sei. Entsteht hierdurch dem Gläubiger ein Schaden, erwachsen zum Beispiel Anwaltskosten, so muß der Schuldner Ersatz leisten, ähnlich wie er nach § 307 BGB hätte Ersatz leisten müssen, wenn er eine ihm bei Vertragsschluß bekannte oder erkennbare Unmöglichkeit der Leistung verschwiegen hätte. Er muß sich in einem derartigen Falle wegen des von ihm erweckten Scheins so behandeln lassen, als ob die Erfüllung tatsächlich möglich sei.

Die Erfüllungsverweigerung kann dem Gläubiger grundsätzlich auch dann keine besonderen Rechte gewähren, wenn das Unmöglichwerden der Leistung zwar nach der Weigerung eintritt, aber noch vor der Erklärung des Gläubigers, daß er vom Vertrage zurücktrete oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlange. Denn der Erfüllungsanspruch besteht ungeachtet der Weigerung bis zu der erwähnten Gläubigererklärung fort. Geht der Erfüllungsanspruch bereits vor der Erklärung des Gläubigers infolge Unmöglichwerdens der Leistung unter, so ist ein Rücktritt oder ein Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung auf Grund der Erfüllungsverweigerung nicht mehr denkbar. Es bleibt aber auch in diesem Falle der Anspruch auf Ersatz des etwa durch die Weigerung bereits entstandenen Schadens. — Tritt umgekehrt das Unmöglichwerden erst ein, wenn der Gläubiger auf Grund der Erfüllungsverweigerung zurückgetreten ist oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt hat, so ist ein Erfüllungsanspruch nicht mehr vorhanden, von dem der Schuldner frei werden könnte. In diesem Fall hat das Unmöglichwerden keinerlei rechtliche Bedeutung mehr.

Eine Erklärung des Schuldners, daß er nicht erfüllen könne, ist also nach den Grundsätzen über die Erfüllungsverweigerung nur dann zu behandeln, wenn die Leistung bis zu der Erklärung des Gläubigers über Rücktritt oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung in Wirklichkeit möglich ist und wenn ein Erfüllungsanspruch auch besteht. Das ist einmal der Fall, wenn der Schuldner irrtümlich glaubt, nicht erfüllen zu können, und nach der herrschenden Lehre[14]) ferner, wenn ursprüngliches Unvermögen des Schuldners gegeben ist. Kommt der Gläubiger in diesen Fällen auf Grund einer Weigerung zu der Ueberzeugung, daß der Schuldner bei Eintritt der Fälligkeit bestimmt nicht erfüllen wird, so müssen dem Gläubiger die gleichen Rechte gegeben werden wie in dem Falle, in dem die Weigerung des Schuldners auf seinen mangelnden Willen zurückgeht[15]). Denn bei beiden Tatbeständen ist es das letzten Endes entscheidende Merkmal, daß nach der Ueberzeugung des Gläubigers die Leistung bei Fälligkeit bestimmt nicht erbracht werden wird. Diese Sachlage fügt dem Gläubiger die oben angeführten Nachteile zu, ohne daß es auf die Ursache der Weigerung ankommt. Die Gefahr eines unbilligen Ergebnisses besteht nicht. Hat der Schuldner den ernsthaften Willen zur Erfüllung, so wird dies in seiner Erklärung, daß er nicht erfüllen könne, zum Ausdruck kommen. Man wird dann nicht von einer bestimmten Weigerung sprechen können.

Schwierig ist die Frage nach dem Vorliegen einer Pflichtverletzung zu beurteilen, wenn der Gläubiger auf Grund der Weigerung lediglich Zweifel an dem Erfüllungswillen des Schuldners bekommen hat. Geht man davon aus, daß die vertragliche Bindung den Parteien auch eine begründete Hoffnung auf die Erfüllung geben soll, so müßte man sich folgerichtig auf den Standpunkt stellen, daß bereits in der Erregung von Zweifeln an der Vertragserfüllung eine Pflichtverletzung liegt. Das Reichsgericht hat in einer einzelnen Entscheidung[16]) diesem Gedanken auch im Ergebnis stattgegeben. Es handelte sich um eine Materialbeschaffung für eine Heereslieferung während des Weltkrieges. Das Bedürfnis des Gläubigers, sich die Ware zu sichern, trat ganz besonders stark

---

[14]) Ueber die Streitfrage, ob ein Vertrag bei anfänglichem Unvermögen des Schuldners gültig ist, vgl. Lehmann bei Enneccerus § 29, II, 2 und das dort angeführte Schrifttum.
[15]) Ebenso im Ergebnis RG in JurRdsch. 1927, Nr. 1101.
[16]) RGZ 93/287.

hervor. Das Reichsgericht hat eine positive Vertragsverletzung angenommen, weil der Gläubiger auf Grund der Weigerung nur noch mit „großer Unsicherheit" der Vertragserfüllung habe entgegensehen können. In zahlreichen anderen Entscheidungen hat sich das Reichsgericht jedoch auf den Standpunkt gestellt, daß bei bloßen Zweifeln an der späteren Erfüllung der Gläubiger auf den Weg des § 326 angewiesen sei. Das Reichsgericht gibt dem Gläubiger besondere Rechte auf Grund der Erfüllungsverweigerung nur, wenn die spätere Erfüllung ausgeschlossen erscheint[17]). Man wird sich dieser Auffassung im Hinblick auf die besondere Regelung in den §§ 286 und 326 BGB und auch § 283 anschließen müssen. Wenn der Schuldner bei Fälligkeit nicht leistet oder es sogar zur Klage kommen läßt, so ist der Gläubiger ebenfalls zu dem Zweifel berechtigt, ob der Schuldner noch erfüllen werde. Dennoch fordert das Gesetz von ihm Mahnung und Fristsetzung, bevor er vom Vertrage zurücktreten oder Schadensersatz wegen Verzuges und wegen Nichterfüllung verlangen kann. Es muß deshalb als ein Grundsatz des Gesetzes angesehen werden, daß der Gläubiger bei Zweifeln über die spätere Erfüllung auf Mahnung und Fristsetzung angewiesen ist, wenn er über seinen Erfüllungsanspruch hinaus Rechte gegen den Schuldner erwerben will. Ueber diesen Grundsatz kann man sich in den Fällen der Erfüllungsverweigerung nicht hinwegsetzen.

Es steht aber nichts der Annahme entgegen, daß der Gläubiger im Falle eines bloßen Zweifels den Schuldner zur Erklärung über die Endgültigkeit seiner Weigerung auffordert. Antwortet der Schuldner nicht, so wird der Gläubiger in der Regel die endgültige Ablehnung der Erfüllung annehmen dürfen. Daß die Anfrage des Gläubigers unter Androhung des Rücktritts erfolgen müsse, wie Hueck[18]) meint, erscheint nicht erforderlich[19]). Es handelt sich nur um eine Klärung tatsächlicher Fragen, die nichts mit einer Fristsetzung zu tun hat, wie sie im § 326 enthalten ist.

Ist unter den dargelegten Gesichtspunkten eine Pflichtverletzung des Schuldners bereits vor Eintritt der Fälligkeit gegeben und will der Gläubiger dennoch auf seinem Erfüllungsanspruch bestehen, so kann er den Schaden ersetzt verlangen, der ihm etwa aus der Pflichtverletzung des Schuldners entstanden ist. Dieser Ersatzanspruch bezieht sich nur auf die durch die Weigerung erzeugte Unsicherheit und ist darum nicht mit dem Ersatzanspruch wegen Nichterfüllung identisch. Er besteht insbesondere auch dann, wenn der Schuldner die Erfüllungsverweigerung widerrufen hat — was nach der herrschenden Lehre unter Umständen zulässig ist — und der Gläubiger deshalb auf Mahnung und Fristsetzung angewiesen ist[20]). Dieser Ersatzanspruch ist in der Rechtsprechung und im Schrifttum unstreitig[21]). Er wird im allgemeinen mit einem Hinweis auf die Lehre von den positiven Forderungsverletzungen begründet. Es bedarf hier keiner Erörterung, auf welcher gesetzlichen Grundlage die Schadensersatzpflicht wegen positiver Forderungsverletzungen aufzubauen ist, ob auf § 242, § 276, § 280 oder auf § 286 BGB. Es kann insoweit auf das Schrifttum Bezug genommen werden[22]).

Auf Schwierigkeiten in der Rechtsprechung und im Schrifttum stößt nur die Begründung des Rechts des Gläubigers, auf Grund der Pflichtverletzung des Schuldners bereits vor Eintritt der Fälligkeit vom Vertrage zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. In unmittelbarer Anwendung des Gesetzes ist dies nicht möglich. § 326 kann nicht angewandt werden, da es an der Fälligkeit und am Verzuge mangelt. Die Bestimmung kann aber auch

---

17) Vgl. oben S. 20 ff.
18) S. 114.
19) Vgl. auch Heinichen bei Staub, Anhg. zu § 374 Anm. 86 a 2. Abs.
20) Vgl. Werner bei Düringer-Hachenburg, Allg. Einltg. Anm. 385.
21) Vgl. OLG Naumburg in JW 1938, S. 3112. Die Pflichtverletzung wird in dem ungerechtfertigten Angriff gegen den Bestand des Vertrages gesehen.
22) Vgl. Werner bei Staudinger, Vorbem. C I zu §§ 275 bis 282, Heinichen bei Staub, Anh. zu § 374 Anm. 86 a, Lehmann bei Enneccerus § 55, II, Fritz S. 209.

dann nicht ohne weiteres und unmittelbar angewandt werden, wenn man dem Gläubiger auferlegen will, bis zur Fälligkeit oder gar bis zum Verzugseintritt zu warten. Denn das Gesetz sieht nicht vor, daß durch eine Weigerung sowohl die Mahnung überflüssig wird als auch die Frist des § 326 in Wegfall kommt. Die Annahme eines Verzichts auf Mahnung und Fristsetzung erscheint, wie bereits dargetan, nicht gerechtfertigt[23]). Daß der Tatbestand, der durch die Erfüllungsverweigerung entsteht, nicht mit dem Fortfall des Interesses in § 326 Abs. 2 grundsätzlich gleichgesetzt werden kann, ist allgemein anerkannt. Es ist allerdings möglich, daß durch die Weigerung das Interesse in Fortfall kommen kann. In diesen Fällen würde der Gläubiger wenigstens von der Fristsetzung befreit sein. Er müßte aber die Fälligkeit abwarten und Verzug herbeiführen. Diese Beschränkungen des Gläubigers wären indes unbefriedigend. Es ist zwar vielfach darauf hingewiesen worden, daß Mahnung und Fristsetzung oder eines von beiden auch im Fall der Erfüllungsverweigerung ihren guten Sinn hätten, um dem Schuldner den Ernst seiner Lage vor Augen zu führen und um ihn so doch noch zur Erfüllung zu veranlassen[24]). Einer derartigen Zweckbestimmung der Mahnung und der Fristsetzung kann zwar im allgemeinen eine gewisse Bedeutung nicht abgesprochen werden, sie kann aber da keine Rolle spielen, wo der Schuldner nach seinen eigenen Erklärungen die Leistung nicht erbringen wird oder wenn er seine Verpflichtung überhaupt bestreitet. Es muß davon ausgegangen werden, daß das Schutzbedürfnis des Schuldners hinter den Belangen des Gläubigers zurückzustehen hat, wenn der Schuldner eine Pflichtverletzung begangen hat. Gerade bei der Erfüllungsverweigerung würden Mahnung und Fristsetzung dazu führen, dem Schuldner einen Widerruf der Weigerung zu gestatten. Daß dies Ergebnis nicht befriedigend ist, wird noch dargelegt werden. Die herrschende Meinung entbindet jedenfalls den Gläubiger von dem Erfordernis einer Mahnung und Fristsetzung. Auf Grund der Weigerung vor der Fälligkeit soll der Gläubiger berechtigt sein, die in § 326 BGB dem Gläubiger gewährten Rechte auch schon vor der Fälligkeit geltend zu machen.

Die zur Begründung herangezogene Lehre von den positiven Vertragsverletzungen ist in neuerer Zeit wiederholten Angriffen im Schrifttum ausgesetzt worden[25]). Insbesondere Fritz hat sich dagegen gewandt, in der Erfüllungsverweigerung eine positive Vertragsverletzung zu erblicken[26]). Er führt aus, daß die herrschende Lehre § 326 in Wahrheit garnicht entsprechend anwende. Denn diese Bestimmung erfordere Mahnung und Fristsetzung, die aber nach der herrschenden Lehre gerade fortfallen. Man könne § 326 auch nicht entsprechend anwenden, denn er passe weder im Tatbestand (Verzug) noch in der Rechtsfolge (Fristbestimmungsrecht). Durch die Erfüllungsverweigerung entstehe ein neuer Tatbestand, der sich von dem des § 326 unterscheide, weil er eben etwas anderes sei als bloßer Verzug. Diesen Ausführungen ist zuzustimmen. Das Reichsgericht entnimmt in der Entscheidung im 54. Bande Seite 98 aus dem Grundgedanken des § 326 den Satz, daß auch bei positiven Vertragsverletzungen dem Gläubiger die Rechte aus § 326 zu geben seien. Noch in derselben Entscheidung wird von einer entsprechenden Anwendung des § 326 gesprochen, deren Gestaltung von den Umständen des Einzelfalls abhängig sei. Dies gelte insbesondere für die Frage, ob Fristsetzung und Androhung erforderlich seien oder unterbleiben können. Die Entscheidung des Reichsgerichts im 57. Bande, Seite 113 führt aus, daß in der Erfüllungsverweigerung eine positive Vertragsverletzung liege. In folgerichtiger Anwendung des in der soeben genannten Entscheidung aufgestellten Grundsatzes habe der Gläubiger bereits auf der Grundlage der Weigerung das Recht, in entsprechender Anwendung des § 326 vom Vertrag zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, ohne daß Mahnung und Fristsetzung erforderlich wären. Dieses mit der ent-

---

23) Vgl. oben S. 11 und 36.
24) Siber bei Planck § 326 Anm. 2 d, Zitelmann S. 289, Stoll S. 308.
25) Vgl. Stoll S. 258 und das dort angegebene Schrifttum.
26) S. 197 ff. und S. 207 f., vgl. auch Krückmann S. 245 und Stoll S. 307.

sprechenden Anwendung des § 326 begründete Ergebnis ersetzt aber nicht nur den Tatbestand des Schuldnerverzuges durch einen anderen, sondern läßt darüber hinaus auch die primäre Rechtsfolge, das Fristbestimmungsrecht, fortfallen. Das Fristbestimmungsrecht und die aus einem fruchtlosen Fristablauf hergeleitete Möglichkeit des Gläubigers, vom Vertrage zurückzutreten oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, sind in § 326 so eng miteinander verbunden, daß die Gewährung des Rücktrittsrechts oder des Schadensersatzanspruchs allein zu stark von der Regelung des § 326 abweicht, als daß man noch vor einer entsprechenden Anwendung des § 326 reden könnte.

Es muß Fritz auch dahin gefolgt werden, daß § 326 überhaupt in den Fällen der Erfüllungsverweigerung nicht herangezogen werden kann. Das wesentliche Tatbestandsmerkmal des § 326 ist die Verzögerung der Leistung über den Zeitpunkt der Fälligkeit hinaus. Der Schuldner kann erfüllen, er bestreitet auch seine Verpflichtung nicht, er bleibt jedoch untätig, er leistet nicht[27]). § 326 kann keinesfalls angewandt werden, wenn die Weigerung vor der Fälligkeit erfolgt. Denn solche Erfüllungsverweigerung hat keinerlei Wirkung auf den Zeitpunkt der Erfüllung, sie führt die Fälligkeit nicht herbei und bewirkt insbesondere keine Verzögerung der Erfüllung. Der Tatbestand, der hier geschaffen wird, entspricht deshalb nicht dem des § 326. Es ist auch eine Aehnlichkeit nicht vorhanden, die eine entsprechende Anwendung, noch dazu unter Fortlassung der Mahnung und Fristsetzung, rechtfertigen würde[28]). Es muß deshalb eine andere rechtliche Möglichkeit gefunden werden, um dem Gläubiger das Rücktrittsrecht oder den Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung zu verschaffen.

Es ist für die rechtliche Stellung des Gläubigers von entscheidender Bedeutung, ob man dem Schuldner das Recht geben soll, die einmal begangene Pflichtverletzung durch einen Widerruf der Weigerung wieder gutzumachen und die Leistung bei Fälligkeit noch zu erbringen. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts und mit ihr die wohl als herrschend zu bezeichnende Lehre stellt sich auf den Standpunkt, daß der Schuldner seine Weigerung so lange widerrufen könne, als der Gläubiger die ihm nach § 326 zustehenden Rechte nicht geltend gemacht habe[29]). Im Ergebnis läuft diese Auffassung darauf hinaus, daß der Gläubiger durch einen Widerruf der Weigerung die gedachten Rechte zwangsweise verliert. Es bleibt nur der Anspruch auf Ersatz des durch die Weigerung entstandenen Schadens. Eine Begründung dieser Beschränkung des Gläubigers wird von der herrschenden Lehre nicht gegeben. Der letzteren kann in ihrer Allgemeinheit nicht gefolgt werden. Es erscheint nicht gerechtfertigt, daß der Schuldner in der Lage sein soll, eine Pflichtverletzung durch Widerruf ungeschehen zu machen. Dieser Gedanke ist schon frühzeitig durch das Reichsoberhandelsgericht ausgesprochen worden[30]). Es hat darauf hingewiesen, daß die Fristgewährung in Artikel 356 ADHGB nicht zur beliebigen Aenderung deutlicher Willenserklärungen bestimmt sei. Die Möglichkeit eines Widerrufs erscheine als eine zu einseitige Berücksichtigung der Belange des Schuldners.

Die Frage des Widerrufs und der nachträglichen Erfüllung kann nur auf Grund des § 242 BGB beantwortet werden. Es ist allgemein anerkannt, daß man sich mit seinem eigenen Verhalten nicht in Widerspruch setzen darf, wenn man dadurch gegen Treu und Glauben verstoßen würde[31]).

Dieser Grundsatz ist besonders eingehend in der Schrift Riezlers „Venire contra factum proprium" aus einer Reihe gesetzlicher Einzelvorschriften heraus entwickelt worden, die Riezler als Ausdruck einer Rechtsidee allgemeiner Be-

[27]) So Fritz S. 212.
[28]) Auch Werner bei Staudinger Vorbem. C II 2. Abs. zu §§ 275 bis 282 lehnt für die positiven Vertragsverletzungen eine entsprechende Anwendung des § 326 ab. Er verweist auf die §§ 242 und 276, deren Heranziehung allein möglich sei.
[29]) Vgl. oben S. 16.
[30]) ROHG Bd. 3, S. 322.
[31]) Werner bei Staudinger § 242 Anm. III 2 a; RGR-Komm. § 242 Anm. 4.

deutung ansieht[32]). Die Erfüllungsverweigerung ist nicht ausdrücklich behandelt, obwohl sie bereits im Jahre 1912, in dem die Schrift Riezlers erschien, in der Wissenschaft und auch in der Rechtsprechung eine bedeutende Rolle gespielt hat. Sie kann wohl in jene Gruppe von Tatbeständen eingereiht werden, in denen ein Recht durch eigenes Handeln verwirkt wird, weil dieses Handeln und die Ausübung des Rechts unvereinbar miteinander sind[33]).

Fritz[34]) weist darauf hin, daß der Gläubiger, der dem Schuldner eine Nachfrist mit der vorgeschriebenen Ablehnungserklärung gesetzt habe, nach dem Ablauf der Frist eine Erfüllung nicht mehr verlangen könne. Der Schuldner habe also nach der Fristsetzung völlige Gewißheit hinsichtlich der späteren Erfüllung. Wenn aber das Gesetz dem vertragstreuen Gläubiger im Interesse des Schuldners eine derartige Bindung auferlege, so müsse erst recht der vertragsverletzende Schuldner an seine Erklärung, nicht zu erfüllen, gebunden sein.

Der Grundsatz der Unwiderruflichkeit muß gelten, weil der Schuldner durch seine Weigerung die tatsächliche Sicherheit der Vertragserfüllung endgültig beseitigt und dem Gläubiger deshalb ein Festhalten am Vertrag billigerweise nicht mehr zugemutet werden kann. Die Frage der Zumutbarkeit ist von erheblicher Bedeutung, denn nur so kann man den Fällen der Erfüllungsverweigerung weitgehend gerecht werden. Einerseits braucht der Gläubiger sich auf eine spätere Erfüllung nicht einzulassen und andererseits wird der Schuldner vor einem wirtschaftlich möglicherweise nicht gerechtfertigten Rücktritt vom Vertrage oder Schadensersatzanspruch wegen Nichterfüllung geschützt[35]). Muß der Gläubiger sich eine spätere Erfüllung zumuten lassen, so bleibt er auch trotz der Erfüllungsverweigerung an den Vertrag gebunden, hat aber einen Schadensersatzanspruch wegen der Pflichtverletzung. Kann ihm dagegen nicht zugemutet werden, sich auf die spätere Erfüllung einzulassen, so würde ein Widerruf eine erhebliche Unsicherheit in die Rechtsbeziehungen tragen. Der Widerruf würde auch die Wirkung der einmal begangenen und als endgültig aufgefaßten Erklärung nicht beseitigen können. Hat der Schuldner durch sein Verhalten eine derartige Vertragsverletzung begangen, so kann der Gläubiger den Schuldner an seinen Erklärungen festhalten und braucht sich auf eine spätere Erfüllung nicht einzulassen. Der vertragstreue Teil kann deshalb jede weitere Mitwirkung zur Vertragserfüllung ablehnen. Gegenüber den Ansprüchen des anderen Teils steht ihm die Einrede der Arglist zu[36]).

Ist der Schuldner zur Erfüllung nicht mehr berechtigt, so ist die Leistung für ihn unmöglich geworden oder richtiger, er muß sich so behandeln lassen, als ob die Leistung für ihn unmöglich geworden sei. Denn ein Fall von Unmöglichkeit oder Unvermögen im technischen Sinn liegt nicht vor. Das ergibt sich bereits daraus, daß sonst der Erfüllungsanspruch des Gläubigers nach § 275 Abs. 1 untergehen würde. Dies ist aber nicht die Wirkung der Weigerung. Der Gläubiger kann vielmehr die Erfüllung des Vertrages fordern, wenn ihm dies zweckmäßig erscheint. §§ 280 und 325 können also in den Fällen der Erfüllungsverweigerung keine unmittelbare Anwendung finden[37]).

Die Unterschiede zwischen dem Tatbestand, der durch die Erfüllungsverweigerung herbeigeführt wird, und dem Tatbestand der Unmöglichkeit der Leistung sind indes keineswegs so wesentlich, daß man nicht wenigstens zu einer entsprechenden Anwendung der §§ 280 und 325 kommen könnte. Wohl erlischt im Falle der wahren Unmöglichkeit der Erfüllungsanspruch des Gläubigers nach § 275 Abs. 1. Wenn die Unmöglichkeit von dem Schuldner zu vertreten ist, verwandelt sich der Erfüllungsanspruch nach § 280 in einen Anspruch

---

32) Vgl. S. 131.
33) Vgl. S. 152 f.
34) S. 212.
35) Vgl. Werner bei Düringer-Hachenburg, Allg. Einltg. Anm. 385.
36) Kruckmann AcP. Bd. 116 S. 246; Fritz AcP. Bd. 134, S. 213. Rabel, S. 386, lehnt die exceptio doli generalis ab. Der Gläubiger soll aber durch eine unverzügliche Erklärung den Schuldner an seine Weigerung binden können.
37) So im Ergebnis Fritz S. 214.

auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung. Das Erlöschen oder die Umwandlung des Erfüllungsanspruchs sind jedoch eine Folge der tatsächlichen Verhältnisse und des allgemein als selbstverständlich bezeichneten Satzes, daß das Gesetz den Schuldner nicht zu etwas Unmöglichem verpflichten kann[38]). Es wäre ohne praktische Bedeutung, wenn man hier den Erfüllungsanspruch des Gläubigers fortbestehen lassen wollte. Denn der Anspruch wäre nicht realisierbar und würde weder dem Gläubiger einen Nutzen noch dem Schuldner einen Schaden bringen. Aber das Erlöschen oder die Umwandlung des Erfüllungsanspruchs sind nicht als wesentliche rechtliche Voraussetzungen für die Ansprüche aus den §§ 280 und 325 zu bezeichnen.

Der Anwendung des § 325 in den Fällen der Erfüllungsverweigerung ist entgegen gehalten worden[39]), daß bei der Erfüllungsverweigerung das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung nicht immer fortfalle, der Interessenwegfall aber die entscheidende Voraussetzung für die Begründung des Rücktrittsrechts und des Schadensersatzanspruchs wegen Nichterfüllung sei. Dieses Bedenken erscheint indessen nicht begründet. Bei der Unmöglichkeit der Leistung ist der Fortfall des Gläubigerinteresses ebenso wie der Fortfall des Erfüllungsanspruchs nur eine selbstverständliche Folge der tatsächlichen Verhältnisse. Auch wenn das Interesse nicht fortgefallen wäre, würde an der Tatsache der Unmöglichkeit nichts geändert werden. Der Fortfall des Interesses ist also keineswegs als Voraussetzung für die Unmöglichkeit anzusehen. Dann aber kann er auch nicht Voraussetzung für die Ansprüche sein, die ihrerseits aus der Unmöglichkeit abgeleitet werden. Dem Interessenwegfall wird immer nur dann eine Bedeutung zukommen können, wenn die Leistung selbst noch möglich ist. Das wird durch die Regelung der teilweisen Unmöglichkeit und des Verzuges in § 325 Abs. 1 Satz 2 und § 326 Abs. 2 bestätigt. Der Gläubiger erhält die Ansprüche aus § 325 auch wegen des noch erfüllbaren Teils der Leistung nur, wenn die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat. Beim Verzuge soll der Gläubiger die Rechte aus § 326 ohne Nachfrist nur dann erhalten, wenn sein Interesse an der Erfüllung infolge des Verzuges weggefallen ist. Ist dies nicht geschehen, so hat der Gläubiger die Möglichkeit, sich durch die Fristsetzung ebenfalls die Rechte des § 326 zu verschaffen. Nach Ablauf der Frist geht der Erfüllungsanspruch unter. Dies ist aber eine Sonderregelung, die mit dem Wegfall des Gläubigerinteresses unmittelbar nichts mehr zu tun hat, denn auch nach dem Ablauf der Frist braucht das Interesse des Gläubigers an dem Fortbestehen des Erfüllungsanspruchs nicht notwendigerweise erloschen zu sein. Die Möglichkeit der Fristsetzung ist lediglich zur Herbeiführung klarer Verhältnisse geschaffen worden. Dem Gläubiger soll ein weiteres Abwarten nicht zugemutet werden[40]). Es ergibt sich also, daß die Bedeutung, die dem Wegfall des Gläubigerinteresses zukommt, in den Fällen der teilweisen Unmöglichkeit und des Verzuges eine grundsätzlich andere ist als im Falle der vollständigen Unmöglichkeit. Eine Erfüllungsverweigerung ist aber — wie oben dargelegt — innerhalb gewisser Grenzen der vollständigen Unmöglichkeit rechtlich gleichzusetzen. Wenn bei einer Erfüllungsverweigerung das Interesse des Gläubigers an der Erfüllung nicht immer wegfällt, so kann diese Tatsache der entsprechenden Anwendung der §§ 280 und 325 nicht entgegenstehen.

Neuerdings hat auch das Reichsgericht in einem Fall der Erfüllungsverweigerung, die als positive Vertragsverletzung bezeichnet wurde, dem Gläubiger die Rechte aus § 325 gegeben[41]). Eine Begründung für die Anwendung gerade dieser Bestimmung ist nicht gegeben. Aber das Reichsgericht hat dadurch doch erkennen lassen, daß durch eine Erfüllungsverweigerung eher der Tatbestand der Unmöglichkeit als der des Verzuges geschaffen wird.

---

38) Vgl. Werner bei Staudinger Vorbem. A II 2. Abs. zu § 275 bis 282.
39) Stoll AcP. Bd. 136 S. 307, Fußnote 101.
40) Vgl. RGZ 107/347.
41) RGZ 149/403.

Eine entsprechende Anwendung der §§ 280 und 325 kommt nur in Betracht, wenn die Erfüllungsverweigerung von dem Schuldner zu vertreten ist. Auch die herrschende Lehre wendet nur in diesem Falle § 326 entsprechend an. Entfällt ein Verschulden, etwa infolge eines Tatsachen- oder Rechtsirrtums, so verweist man den Gläubiger auf den regelmäßigen Weg der Mahnung und Fristsetzung nach § 326. Das gleiche Ergebnis muß gelten, wenn man in den Fällen der Erfüllungsverweigerung die §§ 280 und 325 entsprechend anwendet. Denn die wesentliche Grundlage für die entsprechende Anwendung ist auch hier die Pflichtverletzung des Schuldners. Fehlt das Verschulden, so entfällt die Pflichtverletzung und damit auch die Einrede der Arglist. Die Grundsätze von Treu und Glauben fordern auch eine Berücksichtigung der Belange des Schuldners. Der Gläubiger muß sich einen Widerruf und die spätere Erfüllung wohl zumuten lassen, wenn der Schuldner die Erfüllungsverweigerung nicht zu vertreten hat. Hier entfällt die Einrede der Arglist und es entfällt darum auch die Annahme, daß durch die Weigerung ein der Leistungsunmöglichkeit entsprechender Tatbestand geschaffen wird. Es kann deshalb auch nicht etwa zu einer sinngemäßen Anwendung des § 323 kommen. Die entgegengesetzte Auffassung von Fritz[42]) wird damit begründet, daß auch im Falle der nicht zu vertretenden Erfüllungsverweigerung der Tatbestand endgültiger Nichtleistung vorliege. Der Schuldner müsse bei einer Weigerung, die auf seinem eigenen Willen beruhe, die Rechtsfolgen des § 323 umso eher auf sich nehmen, als das Gesetz sie ihm auch im Falle des zufälligen Unmöglichwerdens aufbürde. Dem ist entgegenzuhalten, daß der Weigerungswille, der dem Schuldner gleichsam zum Vorwurf gemacht wird, infolge des fehlenden Verschuldens nicht gewertet werden kann. Daß man bei der Erfüllungsverweigerung nicht die Grundsätze über die zu vertretende oder nicht zu vertretende Unmöglichkeit anwenden kann, je nachdem ein Verschulden vorliegt oder nicht, zeigt sich deutlich, wenn es sich nicht um einen gegenseitigen Vertrag handelt. Im Falle des Verschuldens findet § 280 entsprechende Anwendung. Fehlt ein Verschulden, so müßte nach § 275 der Schuldner von der Leistung frei werden, — was niemand befürworten wird.

Es liegt aber auch sonst kein Bedürfnis zur Anwendung des § 323 vor. Wohl bietet diese Bestimmung dem Gläubiger einen Ausgleich für die schwierige Lage, in die er bei Zweifeln über das Verschulden kommt[43]). Die Weigerung würde dem Gläubiger schlechthin das Recht geben, sich von seiner Verpflichtung zur Leistung zu befreien. Dieses Ergebnis kann der Gläubiger aber bereits dadurch herbeiführen, daß er das in der Weigerung liegende Angebot zur Aufhebung des Vertrages annimmt.

Das Ergebnis der Untersuchungen ist im folgenden zusammenzufassen:

Ungeachtet der Erfüllungsverweigerung behält der Gläubiger seinen Erfüllungsanspruch. Er kann daneben den Ersatz desjenigen Schadens verlangen, der ihm durch die Weigerung entstanden ist. Der Gläubiger kann aber auch das in der Weigerung liegende Angebot annehmen, den Vertrag im Wege der Uebereinkunft aufzuheben. Kann dem Gläubiger ein Festhalten am Vertrage wegen der Erfüllungsverweigerung nicht mehr zugemutet werden, so kann er unter Verlust seines Erfüllungsanspruchs Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten.

---

[42]) S. 218.
[43]) Vgl. Fritz S. 217.

Schrifttum.

Allen:	The Law of Contracts, Stephen's Commentaries on the Law of England, Volume III, Book I, London 1928.
Almén:	Das Skandinavische Kaufrecht, Band 1. Deutsche Ausgabe von Neubecker, Heidelberg 1922.
Blomeyer:	Synallagmatischer Vertrag, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, herausgegeben von Schlegelberger u. a., 6. Band, Berlin 1938.
Brückmann:	Nachfrist bei Erfüllungsweigerung, Deutsche Juristenzeitung 1902, Seite 220 ff.
Demogue:	Traité des obligations en général, II, Effets des obligations, Tome VI, Paris 1931.
*Dernburg:	Lehrbuch des Preußischen Privatrechts, 2. Band, Halle 1897.
Düringer-*Hachenburg:	Handelsgesetzbuch, 3. Aufl., 4. Band, erläutert von Breit, Hoeniger, Werner; Berlin 1932.
*Ehrenzweig:	System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Band 2, 1. Hälfte, Das Recht der Schuldverhältnisse, Wien 1928.
Enneccerus:	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 2. Band, 12. Bearbeitung von Heinrich Lehmann, Marburg 1932.
Erler:	Bedarf es im Falle des § 326 BGB zur Begründung des Wahlrechts zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt der Bestimmung einer Frist auch bei vorzeitiger Erfüllungsweigerung des anderen Teils? Das Recht, 1901, Seite 421 ff.
Förster-Eccius:	Preußisches Privatrecht, 1. Band, Berlin 1887.
Förtsch:	Ist die unberechtigte Rücktrittserklärung ein Vertragsantrag? Leipziger Zeitung 1909, Seite 801 ff.
Fritz:	Die Erfüllungsverweigerung des Schuldners. Archiv für die civilistische Praxis, Band 134, Seite 197.
Guhl:	Das schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1933.
von Hahn:	Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Braunschweig 1875.
Hangen:	Fristbestimmung bei Verweigerung der Erfüllung, Deutsche Juristenzeitung 1903 Seite 49.
Heymann:	Das Verschulden beim Erfüllungsverzug, erschienen in der Marburger Festgabe für Enneccerus, 1913.
Hueck:	Der Sukzessivlieferungsvertrag, München 1918.

*Klang-Pisko: Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band, 2. Halbband, Wien 1934.

Kommentar von Reichsgerichtsräten, Band 1, Berlin 1934, §§ 241—432, bearbeitet von Michaelis.

Krückmann: Clausula rebus sic stantibus, Kriegsklausel, Streikklausel, Archiv für die civilistische Praxis, Band 116, Seite 157.

Lamprecht: Verzug beim Kauf, Busch's Archiv für Theorie und Praxis des allgemeinen deutschen Handels- und Wechselrechts, Band 26, Seite 1.

Lehmann: Die positiven Vertragsverletzungen, Archiv für die civilistische Praxis, Band 96, Seite 60.

Mayr: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Band, 3. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, Reichenberg 1922.

Materialien zum Handelsgesetzbuch, erschienen in „Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen", herausgegeben von Hahn, Mugdan, 6. Band, 1897.

Müllereisert: Allgemeine Lieferungsbedingungen der Industrie, des Handwerks und der öffentlichen Hand, Berlin 1932.

Niedner: Fristbestimmung bei Verweigerung der Erfüllung, Deutsche Juristenzeitung 1901, Seite 443.

Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl., 1928.

Oser: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Das Obligationenrecht, Zürich 1929.

Paech: Der Leistungsverzug, Berlin 1902.

Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band, 1. Hälfte, 4. Auflage, bearbeitet von Siber, 1914.

Planiol et Ripert et Esmein: Traité pratique des droit civil francais, Tome VI und VII, Obligations, Paris 1930 und 1931.

Pollock: Principles of Contract, 10. Ausgabe, London 1936.

Puchelt: Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, 3. Auflage, Leipzig 1882.

*Rabel: Das Recht des Warenkaufs, 1. Band, Sonderheft der Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Berlin und Leipzig 1936.

Remelé: Bemerkungen zu der Frage der positiven Rechtsverletzungen, Das Recht 1912, Seite 569.

Riezler: Venire contra factum proprium, Leipzig 1912.

Romeick: Fristbestimmung. Deutsche Juristenzeitung 1901, Seite 493.

Schirrmeister-Prochownick: Das bürgerliche Recht Englands, 2. Band, Berlin 1929.

*Staub: Die positiven Vertragsverletzungen, 1904.

*Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 14. Aufl., 3. Band, bearbeitet von Gadow und Heinichen, Berlin und Leipzig 1933.

Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Band, 1. Teil, 9. Aufl., erläutert von Werner, 1930.

Stoll: Abschied von der Lehre von den positiven Vertragsverletzungen, Archiv für die civilistische Praxis, Band 136, Seite 257 ff.

Titze: Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht, Leipzig 1900.

von Tuhr: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 2. Halbband, Tübingen 1929.

Willenbücher: Kommentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Berlin 1891.

Williston: The Law governing Sales of Goods at Common Law and under the Uniform Sales Act, Volume II, New York 1924.

Zitelmann: Nichterfüllung und Schlechterfüllung. Selbstmahnung, erschienen in der Festgabe für Paul Krüger, Berlin 1911, Seite 265 ff.

Die mit einem * bezeichneten Verfasser sind Juden.

Zeitschriften und Entscheidungssammlungen.

(Die Abkürzungen sind in Klammern beigefügt.)

Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristen. (Recht)

Deutsche Juristenzeitung. (DJZ)

Deutsche Richterzeitung. (DRZ)

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts, herausgegeben von Mugdan und Falkmann. (OLG)

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (RGZ)

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts. (ROHG)

Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. (Gruchot)

Handbuch des Landesproduktenhandels, Berlin 1929.

Juristische Rundschau, Band II, Höchstrichterliche Rechtsprechung. (Jur Rdsch)

Juristische Wochenschrift. (JW)

Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht. (LZ)

Mews' Digest of English Case Law, Volume V, London 1925. (Mews' Digest)

Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, begründet von Holdheim, jetzt herausgegeben von Heilbrunn. (Monatsschrift)

Puchelt, Zeitschrift für französisches Zivilrecht.

Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte. (Seuff. Arch.)

Warneyer's Jahrbuch der Entscheidungen, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts. (WarnE)

Zeitschrift für Ausländisches und Internationales Privatrecht.

Zeitschrift für Rechtspflege in Braunschweig.

Lebenslauf.

Am 31. März 1912 wurde ich als Sohn des damaligen Stadtkämmerers von Berlin, Gustav Böß, und seiner Ehefrau Anna, geb. Stege, in Berlin geboren. Von 1918 bis 1922 besuchte ich das Falk-Realgymnasium in Berlin und später bis zur Reifeprüfung im Herbst 1931 das Schiller-Realgymnasium in Berlin-Charlottenburg. An den Universitäten Berlin und Freiburg i. Br. studierte ich Rechtswissenschaft und legte im August 1935 vor dem Kammergericht in Berlin die erste juristische Staatsprüfung ab. Nach Beendigung des Vorbereitungsdienstes als Gerichts-Referendar bestand ich am 17. April 1939 die große juristische Staatsprüfung vor dem Reichsjustizprüfungsamt in Berlin.